Reinhard

Vergleichende Kritiken und Erläuterungen des Civil-Verfahrens in Preußen.

Nebst einer Abhandlung über **causa civilis** und **causa debendi**.

Von dem Justizrath **Reinhard** in Ehrenbreitstein, Anwalt bei dem Justiz-Senat.

Non ego sum veterum, nec assecla novorum.
Si quid veri invenio, diligo.

Aus dem Neuen Archiv für preußisches Recht und Verfahren sowie für deutsches Privatrecht besonders abgedruckt.

Arnsberg, 1850.
Verlag von A. L. Ritter.

Inhalt.

Anmerkung. Ein Verzeichniß einiger Zusätze und Verbesserungen findet sich am Schlusse.

I.

Einleitende Bemerkungen.

Der gemeine Deutsche Prozeß fristet wohl kaum in irgend einem anderen Lande, ein so kümmerliches Dasein wie in Preußen. Während er dort in einen Winkel am Meere zurückgedrängt, hier zwischen westrheinischem und altländischem Verfahren auf einem gleichfalls sehr engen Territorium gleichsam eingeklemmt ist, scheint man ihn als eine wenig ehrwürdige Reliquie aus der Rumpelkammer des weiland heiligen Römischen Reiches zu betrachten und von Tag zu Tage weniger geneigt, ihm das Asylrecht auch nur in jenen engen Grenzen zu bewilligen, vielmehr alles Ernstes gesonnen, seine geringe Erbschaft je eher je lieber für den Preußischen Prozeß in Besitz zu nehmen. Ein großer Schritt zu seiner Bestattung ist mit der Prozeß-Novelle für Neu-Vorpommern und den Ostrhein vom 21. Juli 1849 bereits geschehen.

Und doch beruht dieser Prozeß durchaus überwiegend auf kerngesunden und ewig wahren Principien; und doch hat gerade der neuere Preußische Prozeß von ihm bei Weitem mehr entlehnt, als bei dem ebenfalls noch geduldeten westrheinischen Verfahren.

Es ist zwar unleugbar, daß der gemeine Deutsche Prozeß mit Mängeln und Gebrechen behaftet ist, und daß sich selbst die gesunden Grundprincipien desselben nicht überall harmonisch und einheitlich entwickelt haben. Die Ursachen dieser unleugbaren Thatsachen und namentlich der letzteren sind auch keinesweges schwer zu ermitteln. Die verschiedenen Quellen, welche bei seiner Ausbildung geflossen sind, mußten schon allein einer einheitlichen Entwickelung die größten Schwierigkeiten bereiten, welche in gleichem Maaße auch für seine Darstellung und seine Anwendung vorhanden sind. Dabei bleibt es aber immer in hohem Grade befremdend, wenn man gewahrt, mit welcher Naivetät Lehrer des gemeinen Prozesses Römische, Canonische und Deutsche Quellen überall in buntem Gemische neben einander citiren, gleich als ob ihnen nicht einmal die Ahnung gekommen wäre, daß der eine oder der andere Ausspruch auf einer wesentlich verschiedenen Grundanschauung beruhe.[1]) Nur Wenigen ist es gegeben, „den Geist herauszutreiben." So wird denn bei gar Vielen auch ein anderes Dichterwort zur Wahrheit:

„Pannus assuitur unus et alter."

Es muß nun gewiß auch ein solcher Standpunkt, auf dem man Alles nur „als Einzelnes und Particulares

---

1) Vergl. hierzu Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerl. Prozeß u. s. w., Beitrag I. S. 11. ff. Ist doch sogar von Heise und Cropp (Jurist. Abhandl. 1. S. 266 f.) auf den Grund der L. 9. C. de exc. (8, 36) und der L. 1.

sieht," [2]) hier wie überall als ein untergeordneter bezeichnet werden. Auf der andern Seite sollte man aber auch nicht verkennen, daß dem gemeinen Prozeßrecht gar Manches aufgebürdet wird, was eben nur seiner Darstellung und Anwendung zur Last fällt, und namentlich hat die neuere Legislation nicht überall Grund, auf das "wirre Chaos" desselben mit stolzer Selbstgefälligkeit herabzublicken. Ist es doch eben diese Legislation, die nach den Worten eines der ausgezeichnetsten Processualisten [3]) "aus allen Prozeßformen oft auf eine wahrhaft buntscheckige Weise die Institute zu einem neuen Ganzen zusammenzutragen sucht," und deren Besserungsversuche vielfach nur zu geeignet sind, an Math. IX. 16. zu erinnern [4]).

Der Preuß. Novellen-Gesetzgebung muß freilich, wenn man die über die Nichtigkeitsbeschwerde ausnimmt, das Zugeständniß gemacht werden, daß sie sich da, wo sie besteht, im Allgemeinen der Anerkennung des Publikums zu erfreuen habe. Man empfindet, daß es dem seitherigen schleppenden Verfahren gegenüber entschieden und um Vieles besser geworden ist. Wir zweifeln aber keinen Augenblick, daß wenigstens manche Mängel im Einzelnen, die von dem eigenen Standpunkte aus nicht zu vertheidigen sind, dadurch vermieden worden wären, wenn die Resultate der wissenschaftlichen Forschung [5]) und die Erfahrungen an-

und 19. C. de prob. (4. 19.) die Eventual-Maxime als durchgreifendes Prinzip des gemeinen Prozesses angefochten worden. Vergl. dagegen Schmid Handbuch des gemeinen Civilprozesses § 84. Bd. 1. S. 282.

[2]) Gans Erbrecht Bd. 2. S. XII.

[3]) Mittermaier a. a. O. im Vorwort.

[4]) Oder auch an die Worte des Göthe'schen Faust:
„Sitzt ihr nur immer! Leimt zusammen,
Braut ein Ragout von andrer Schmaus" u. s. w.

[5]) Man vergleiche z. B. zu dem Schlußpassus von § 14. der V. vom 1. Juni 1833: Heffter System des Civilprozeß-

derer Länder [6]) eine entsprechendere Benutzung gefunden hätten.

II.

Zur allgemeineren Würdigung.

Die Verhörs- und Gehörs-Maxime.

Der Zweck und das Endziel des Prozesses ist begriffsmäßig die Aufhebung einer Rechtsverletzung und die Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes. „Es soll dadurch dasjenige Recht des Einzelnen, welches ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden darf, realisirt wer-

---

rechts § 136 und 137. (unten No. III. 2. Note 3), besonders aber Schmid Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts § 101. Note 88. Bd. 2. S. 65. Daß jener Passus auch in der Verord. vom 21. Juli 1849 noch beibehalten ist, ist wohl insofern nicht zu tadeln, als da, wo er bereits bestand, eine Abänderung bis heute nicht erfolgt ist. — Vgl. noch unten Note 31. u. 32.

6) Die Motive der Verord. von 1833 und 1846 sind uns zwar nicht zugänglich, wir glauben aber, hier nicht so ganz unpassend auf anderweitige Motive Bezug nehmen zu können, welche erst neuerlich in dem Ministerialblatt für 1848 S. 382—387 veröffentlicht sind, und möchten wünschen, daß man sich auch dort weniger an ältere Preußische Verordnungen, z. B. das Gensdarmerie-Edikt angelehnt, dagegen aber etwa die Mittermaier'schen Berichte und Kritiken z. B. in Band 18. Seite 119—138., Band 20. S. 125—139. des Archivs für die civilistische Praxis einer näheren Würdigung unterzogen hätte. Der Art. 88. der Verfassung wird nur dann „eine Wahrheit werden," wenn nach dem Vorgange in Frankreich das Gesetz

den.“ [1]) Dabei erscheint es unleugbar besonders wünschenswerth, daß dieses Resultat mit der möglichsten Schnelligkeit und möglichst geringem Kostenaufwande herbeigeführt werde. Auf der anderen Seite darf aber durch jene Rücksichten die erschöpfende Herstellung des Streitstandes, als der nothwendigen Grundlage zur richtigen Würdigung des Rechts oder Unrechts der Parteien, in keiner Weise verschränkt und verkümmert werden. Die verschiedenen Gesetzgebungen haben zum Theil der einen oder der anderen Rücksicht zu überwiegend Rechnung getragen. In dem älteren Preuß. Prozeß ist die letztere in höherem Maaße als in irgend einer anderen vorherrschend und auch der gemeine Prozeß ist in dieser Beziehung durch die zahllosen Restitutionen und Rechtsmittel, die er gestattet, wohl unbedenklich zu weit gegangen, wenn er auch in anderer Beziehung durch seine größere Strenge einen Vorzug vor dem älteren Preußischen und selbst dem Französischen Prozeß entschieden in Anspruch nehmen darf.

In dem neueren Preußischen Prozesse ist die Rücksicht auf eine rasche Erledigung der Sache durchaus überwiegend und es ist in den Novellen von 1833 und 1846 namentlich durch ein so weit greifendes Abschneiden der Restitution sicher zu viel geschehen [2]), so daß hier die Vorschriften der Verordnung vom 21. Juli 1849 im Allgemeinen unbedenklich als ein Fortschritt zu betrachten sind.

---

auch den Sitz und Bereich des Gerichts bestimmt, und die Exekutiv-Gewalt nur über das Local zu bestimmen hat C'est au pouvoir exécutif à déterminer l'édifice, où le tribunal doit siéger. Man vergl. nun hiermit § 22. und 20. der Verordn. vom 2. Januar 1849.

1) V. Almendingen, Metaphysik des Civil-Prozesses II. S. 9.

2) Vergl. Juristische Wochenschrift für 1848. Nro. 7. 8. und 10. Nro. 30. 31. und 32.

Bei der letzteren der oben angedeuteten Rücksichten ist es nun aber vor Allem wesentlich, wie die Aufgabe gefaßt wird, zumal dieses auch auf die schnellere und minder kostende Erledigung von dem erheblichsten Einflusse ist. Es fragt sich, soll das wirkliche Recht, wie es der Richter mit allen nur möglichen Mitteln zu erforschen vermag, oder soll nur das Recht festgestellt werden, welches sich aus den freien und selbständigen Vorträgen der Parteien herausstellt. Es handelt sich mit einem Worte um den Vorzug der Inquisitions- oder der Verhandlungs- bezeichnender: der Verhörs- oder der Anhörungs-Methode. Die Wissenschaft und Praxis sind nun aber längst darüber einverstanden, daß nur das letztere Ziel erstrebt werden soll, wobei man immerhin zugeben kann, daß das erstere, dessen Verwirklichung sich der ältere Preußische Prozeß zur Aufgabe gemacht hatte, in der Idee als das höhere erscheine; nicht aber als das in der Wirklichkeit besser berechtigte. Es lassen sich gegen dasselbe hauptsächlich die nachstehenden Einwendungen erheben.

Einmal ist es eben nur ein Ideal, dessen Verwirklichung sich in der Praxis längst als unmöglich herausgestellt hat und schon a priori nicht füglich anders erscheinen konnte: *θεοὶ δέ τε πάντα ἴσασιν.* — — Der Richter bleibt bei dem besten Eifer an die engen Grenzen menschlicher Kraft und Einsicht, an den guten Willen und die Wahrheitsliebe der Parteien gebunden und seine Leistung wird daher immer nur als eine unzuverlässige, höchstens als eine relativ vollendete, und schon deßhalb, von dem eigenen Standpunkte der Inquisitionstheorie aus, nur als eine verfehlte erscheinen können.

„sedet infelixque sedebit.“

Sodann aber verletzt jenes Princip die Rechte der Parteien, indem es sich in das eindrängt, was diesen zu

freier Schaltung gehört und ihnen das dominium litis durchweg verkümmert.

Die Inquisitionsmaxime ist aber ferner auch ganz geeignet, das Vertrauen zum Richter zu untergraben. Denn wie sollte eine Partei dem vertrauen können, der gesetzlich angewiesen ist, den Sachwalter beider Theile zu machen! Wie nahe liegt nicht die Besorgniß und selbst die wirkliche Gefahr, daß er hierbei auf der einen oder der anderen Seite zu weit gehen werde.

Das Ziel des Prozesses muß demnach dahin bestimmt, die Aufgabe dahin gefaßt werden, daß es sich nur darum handele, das Recht zu ermitteln, wie es durch die freien Vor- und Anträge der Parteien gegeben ist. Nur relatives, nicht absolutes Recht soll im Prozeßgange festgestellt werden. 3)

Bei dieser Auffassung der Aufgabe ist es denn auch allein möglich, dem Richter seine wahre Stellung anzuweisen, was ein neuerer Rechtslehrer mit Recht als eine Hauptaufgabe einer jeden Prozeßgesetzgebung betrachtet. 4) Im älteren Preußischen Prozesse war die Stellung des Richters, auch wenn man die Prozeßleitung mit derselben vollkommen verträglich findet, eine durchaus verfehlte. Der instruirende Richter war ein Inquirent des Criminalprozesses und die Parteien wenig mehr als seine „Gehülfen.“ 5) Die Tendenz, die materielle Wahrheit zu erforschen, beherrschte das Ganze in dem Maaße, daß Alles derselben dienstbar sein mußte. Von einer principiellen Auffassung und Ausbildung im Einzelnen war weder hin-

---

3) Vergl. Rauter, Cours de procédure civ. Introd. 1, 6. p. 2.

4) Heffter, System des römischen und deutschen Civil-Prozeßrechts §. 3.

5) Schmid, Handbuch des gemeinen Deutschen Civilprozesses §. 83. Bd. 1. S. 276.

sichtlich der Stellung des Richters und der Parteien, noch überhaupt die Rede. Es war das absolutistische oder patriarchalische System, welches in der Person des Richters repräsentirt war, und dem hier wie anderwärts Alles zu Gebote stehen sollte.

Der ältere Preußische Prozeß war hiernach dem gemeinen Prozeß gegenüber ein zwar wohlgemeinter, [6]) aber unleugbar auch ein entschiedener Rückschritt.

— — „une telle tendance" — sagt Rauter über das „système prussien" [7]) — „est sans doute respectable, mais elle ne peut atteindre son but sous un gouvernement libre."

Schon der Römische Prozeß, die älteste Quelle des gemeinen Deutschen Prozesses, beruhete auf der richtigen Grundanschauung, daß der Richter zu hören und zu entscheiden, die Partei aber ihm vorzutragen habe. [8]) Die „plena inquisitio" der L. 9. C. de judic. [9]) darf auf kein Inquiriren hinsichtlich des Thatbestandes, sondern nur auf die Beweisaufnahme bezogen werden, und das weiter angeordnete „saepius interrogare, num quid novi addere deside-

---

6) Wenn diese „Laudanda voluntas" nicht anerkannt werden müßte, so wäre aller Grund vorhanden, hier an Göthe's Worte zu erinnern:
„Diese Unvergleichlichen
Wollen nimmer weiter", 2c. (Faust Thl. 2.)

7) Cours de procédure, Introd. 1, a, 6. p. 2. Cf. 28, a. p. 32.

8) „Lis tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperat." L. un. C. de lit. contest.

9) Richtiger als Schmid (Handbuch §. 83, Note 9) faßt diese Stelle Heffter, System des Civilproceßrechts §. 262. (Vergl. beiläufig denselben §. 7. und 19.). Man erinnere sich auch an das Französische „Des Enquêtes" l. 1. Tit. 7. und l. 2. Tit. 12 des Code de procédure civ.

rent," deutet nur an, daß den Parteien möglichst vollständiges Gehör werden solle, wobei das Vorbringen lediglich ihrer eigenen Thätigkeit und ihrem eigenen Ermessen überlassen blieb. Es wurde bereits früher an einem anderen Orte angedeutet,[10]) daß hier der mündliche Prozeß zum Grunde liege, womit das „saepius interrogare" allerdings sehr wohl zu vereinbaren ist. Es paßt daher jetzt auch nur noch für den summarischen oder Protocollar-Prozeß.

In dem Canonischen Recht und namentlich in Cap. 6. X. de iudiciis (2, 1.)

> Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam Canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis —

ist ein Inquisitionsrecht des Richters gewiß nicht begründet, wenn auch die Worte der Cab. Ordre des großen Königs vom 14. April 1780, der Richter solle „den wahren Zusammenhang der Sache, welche zu dem Rechtsstreit Anlaß gegeben, eruiren," fast als eine Uebertragung aus der obigen Stelle erscheinen könnten. Es darf vielmehr wegen des Gegensatzes sogar sehr bezweifelt werden, ob diese Stelle auch nur[11]) auf das Frage-

---

10) Meine Abhandlung im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849, S. 273.

11) Mit Schmid, Handbuch des Prozesses, §. 109., Note 5., B. 2., S. 97. Die Stelle besagt wohl bloß, daß der Richter zusehen solle, ob ganz abgesehen von der rechtlichen Begründung durch die Partei, in facto ein Anspruch genügend von ihr begründet sei. Die Rechtsgründe muß der Richter ergänzen und, wenn sie falsch angeführt sind, berichtigen: L. 2., C. 2, 11 und dazu Schmid, Handbuch B. 1, S. 272, Note 5. Vergl. auch Rauter, Cours de proced. civ. Chap. Nro. I, 70 und 82.

recht innerhalb der anderweitig gegebenen Schranken zu beziehen sei, jedenfalls dürfte aber nicht außer Acht bleiben, was schon an einem anderen Orte über den Geist des Canonischen Rechts andeutend bemerkt worden ist.[12]) — „la procédure ecclésiastique était religieuse“[13])

Der gemeine Deutsche Prozeß ist jener Grundanschauung des Röm. Prozesses, daß die Partei vorzutragen, der Richter zu hören und zu entscheiden habe, vollkommen treu geblieben. Er hat nur, indem er die Schriftlichkeit sanctionirte,[14]) dem Richter die Pflicht auferlegt, diesen Schriftenwechsel zu vermitteln und zu leiten und ihn in den nach der Sachlage zu bemessenden Schranken zu halten. Auch hier soll er die Parteien nur anhören (nicht, wie im Criminalprozesse, verhören), er soll aber zugleich für den Fortgang des Prozesses thätig sein, so lange die Parteien denselben nicht liegen lassen.[15]) Mit dieser Befugniß und Pflicht zur Prozeßdirection ist ihm demnach ein Mehreres als die Verpflichtung auferlegt, über jeden Antrag der Parteien willfahrend oder abweisend zu entscheiden. Er muß, sofern die Partei auf Fortsetzung des Verfahrens auch nur implicite besteht, die zu dieser Fortsetzung geeignete Verfügung von Amtswegen erlassen, oder

12) Meine Abhandlung im Justiz-Ministerialblatt für 1849, S. 274.

13) Rauter, Cours de procéd. Introd. 3, C. p. 5.

14) Vergl. Bayer, Vorlesungen S. 19. f. der 7. Ausgabe, besonders aber Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §. 462a., Thl. 3, S. 449.

15) Vergl. Bayer a. a. O. S. 162. f. Der Richter hat hier wie im mündlichen Protocollar-Prozeß zu instruiren, nicht aber zu inquiriren. Von der „Instruktions- oder Untersuchungs-Maxime“ zu sprechen (Justiz-Ministerialblatt für 1849, S. 289), ist nicht gerechtfertigt. Vergl. auch Schenk Beiträge zur Revision der Rhein. bürgerl. Gerichtsordnung Nr. II., §. 2, S. 35 und unten Note 20

mit anderen Worten: eine s. g. Prozeßbitte ist insoweit nicht für wesentlich zu erachten.[16]) Durch das Gesetz ist in dieser Beziehung die s. g. clausula salutaris supplirt und gegeben. Auch läßt es sich rechtfertigen, nicht blos, daß der Richter mangelnde Gegen-Erklärungen („Antworten") in jedem Theile des Prozesses von Amtswegen fordert, sondern auch, daß er über dunkle und unverständliche Vorträge und da, wo die aequitas es unabweislich verlangt, die Partei befrage, ein Punkt, von welchem bereits an einem anderen Orte die Rede war.[17])

Dagegen ist der Richter bei allen Haupt- oder Spezial-Entscheidungen in der Sache selbst an die Anträge der Parteien gebunden, und es wird daher vollkommen consequent zur Verhängung der Folgen der contumacia jedesmal ein specieller Antrag erfordert.[18])

Der Französische Prozeß, welcher in der Grundanschauung über die Stellung des Richters und der Parteien mit dem gemeinen Processe übereinstimmt, hat dieselbe nur noch reiner durchgeführt, indem er den Richter nicht mit der Prozeßdirektion belastet hat[19])

---

16) Vergl. Bayer a. a. O. S. 301.

17) Meine Abhandlung im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849, S 273 und f. (und zu L. 21. D. 11, 1. noch Glück Pand. B. 11, S. 251, Note 27).

18) Vergl. Schmid, Handbuch B. 1, S. 305. Bayer a. a. O. S. 285. f. Für das Verwirktsein der angedrohten Folgen der contumacia durch den Ablauf der Frist, jedoch gegen das Aussprechen ohne Antrag, entscheidet sich das Kurhessische Gesetz vom 16. September 1834.

(Vergl. Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis B. 19, S. 455.)

Sehr beachtenswerth ist übrigens, daß man in Baden die Einrichtung, nach welcher die Ungehorsamsstrafen ipso iure eintraten, in Folge der gemachten Erfahrungen wieder aufgegeben hat: Mittermaier a. a. O. S. 455, Note 13.

19) Im Französischen Prozeß ist der Ausspruch von Almen-

Begriffsmäßiger und consequenter als das gemeine Recht und der Preußische Prozeß hat er ein Verfahren sanctionirt, welches man die Verhandlungsmaxime im eigentlichsten Sinne nennen könnte.[20]) Die Parteien haben nicht blos die Verhandlung unter einander selbst zu besorgen, sie haben auch da, wo sie wie bei den Landgerichten durch Anwälte vertreten sind, den Beweis zu erbieten, auf welchen der Richter hier ex aequitate zwar auch ohne Erbieten erkennen **kann**, nicht aber erkennen **muß**,[21]) und die

---

dingen's Metaphysik u. s. w. II., S. 14. „Alle richterliche Thätigkeit ist passiv", am consequentesten durchgeführt. Wie man die interrogatoires sur faits et articles als ein Abweichen von der Verhandlungsmaxime betrachten könne (**Wentzel** im Commentar zur V. vom 1. Juni 1833, S. 184, Note 99), ist schwer zu begreifen. Der Französische Prozeß hat in den Interrogatorien (Art. 324 ff. des Code de procédure) und in dem Artikuliren von Thatsachen (Art. 252.) **den Parteien** besondere Wege, um ein Geständniß herbeizuführen und den Beweis überflüssig zu machen, an die Hand gegeben, welche beziehungsweise an die interrogationes in iure und die Positionen des Röm. und gemein. Prozesses erinnern. (**Meine** Abhandlung im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849, S. 274.) Das Fragerecht des **Richters** (Art. 333. und 428.) ist aber jedenfalls im Sinne des §. 41. des J. R. A. auf ein Erfordern der **Gegen**-Erklärung über das Vorbringen der anderen Partei zu beschränken, und in dieser Befugniß ist doch sicher eine Verletzung der Verhandlungsmaxime nicht enthalten.

20) Vergl. **meine** Abhandlung im Justiz-Ministerialblatt für 1849, S. 273. Man könnte den Unterschied etwa so ausdrücken: Im Preußischen Prozeß instruirt der Richter mit Hülfe der Parteien, im gemeinen Deutschen Prozeß die Parteien mit Hülfe des Richters und im Französischen Prozeß — die Parteien.

21) Code de procédure. Art. 254. vergl. mit Art. 34. Es ist also sehr wohl motivirt, und nichts weniger, als eine Inconsequenz und beziehungsweise die Sanctionirung einer richterlichen Willkür, wenn es in dem ersten Artikel heißt: Le tribunal **pourra** aussi ordonner **d'office** la

Fortsetzung nach stattgehabter Beweisaufnahme ist abermals ihre Sache.[22] Der Richter hat nur zu hören und zu entscheiden, nicht aber für die Verhandlung zu Gunsten der einen oder der anderen Partei in irgend einer Weise thätig zu sein.[23]

„Le devoir du juge" — sagt Berriat-Saint-Prix — „consiste dans l'action de prononcer sur les différends qui lui sont soumis; c'est ce qu'on appelle rendre un jugement.[24]

In dem neueren Preußischen Prozeß ist, wie bereits oben bemerkt wurde, die Rücksicht auf eine möglichst schnelle Erledigung der Sache durchaus vorherrschend, sie ist der einfache Gesichtspunkt, von welchem fast Alles beherrscht wird. Es schien daher vor Allem nöthig, dieser Tendenz die laxe Eventual-Maxime der Gerichtsordnung zum Opfer zu bringen,[25] womit denn folgeweise auch

---

preuve des faits, qui lui paraitront concluans, si la loi ne le defend pas. — während der letztere besagt:
Si les parties sont contraires en faits de nature á être constates par témoins, et dont le juge de paix trouve la vérification utile et admissible, il ordonnera la preuve, et en fixera précisément l'objet. (Ich verdanke übrigens diese Bemerkung der Güte des Herrn Justizraths Adams, dem ich auch sonst für manche Belehrungen über das westrheinische Verfahren besonders verpflichtet bin.)

22) Vergl. Rauter, Cours de procédure civ. Chap. I, 70. p. 74. a.

23) Vergl. im Allgemeinen Schlink im Commentar über die franzöſ. Civil-Prozeß-O. B. 2, S. 469 — 475. Wegen Mittheilung der Sache an das öffentl. Ministerium, die das Gericht selbst von Amtswegen verordnen kann: Code de proc. Art. 83. Schlink a. a. O. B. 1, §. 43. und 44.

24) Cours de procédure civ. P. I, S. I, Chap. 2, Art. 2, §. 1. Tom. I, p. 20.

25) Das Nähere unten unter Nr. III.

eine Beschränkung des Inquisitionsprincips gegeben war. Eine laute Forderung der Zeit, die Mündlichkeit, fand neben jener vorherrschenden Tendenz der schnelleren Erledigung nur eine noch sehr ungenügende Berücksichtigung und es muß dieses selbst von der spätern Novelle vom 21. Juli 1846 behauptet werden, wenn dieselbe auch einen Schritt weiter gegangen ist und den Verzicht auf die mündliche Verhandlung, also den rein schriftlichen Conventional-Prozeß, ausgeschlossen hat, den die Novelle vom 1. Juni 1833 noch gestattet.[26])

Wir haben bereits früher an einem andern Orte bemerkt, daß in dieser späteren Novelle die Verhandlungs-Maxime beziehungsweise eine gesetzliche Anerkennung gefunden habe, da nämlich, wo die betreffende Prozeßhandlung schriftlich eingebracht wird, indem hier für das Inquisitions-Princip zunächst wenigstens kein Raum vorhanden ist.[27]) Wir erkennen hier also einen Wechsel des Princips, und eine wesentlich verschiedene Function des Richters, je nachdem die Partei schriftlich oder zu Protokoll verhandelt und selbst ein Vertreter der Ansicht, daß schon die Verordn. vom 1. Juni 1833 auf der Verhandlungs-Maxime beruhe,[28]) giebt doch ausdrücklich zu, daß die Bestimmungen über die Aufnahme und Begründung der Klage" (Tit. 5. der Prozeß-Ordnung) "von der neueren Gesetzgebung unberührt geblieben."[29]) Damit ist aber eine

---

26) Vergl. V. v. 1. Juni 1833, §. 20. mit der V. vom 21. Juli 1846, §. 11. und v. 21. Juli 1849, §. 20.

27) Justiz-Ministerial-Blatt für 1849, S. 276 f.

28) Vergl. im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849, S. 289 die Erörterung von Schering, dessen bekanntlich sehr praktische Leistungen über den Preußischen Prozeß eine gewiß verdiente Anerkennung gefunden haben, und den ich daher, wenngleich mehrfach abweichender Ansicht, nur „honoris causa" hier "nenne".

29) Schering a. a. O. S. 290 f.

nicht paritätische Behandlung der Parteien [30]) unleugbar zugestanden, und eingeräumt, was doch wohl nicht anerkannt werden soll, daß es der Gesetzgebung noch an wahrer Durchbildung und folgerechter Entwickelung der Principien fehle. Daß diese Aufgabe eine äußerst schwierige war und bleiben wird, so lange die Novellen-Gesetzgebung aus einer Prozeß-Ordnung, die auf verworfener Grundlage beruht, zu ergänzen ist, soll unsererseits gewiß nicht geläugnet werden und es ist auch unverkennbar, daß sich der Verfasser der Novelle vom 21. Juli 1849, die sich an den gemeinen Prozeß anlehnen sollte, auf einem ungleich günstigeren Terrain bewegte.[31]) Immer aber bleibt es wahr, daß die Gesetzgebung von 1846, wenn auch die dort befolgten Grundprincipien festgehalten werden, von diesem selbsteigenen Standpunkte aus und innerhalb des Bereichs, in welchem sie sich gehalten hat, noch keineswegs als eine vollendete betrachtet werden kann.[32]) Auf Einzelnes werden wir weiter unten, da, wo es am Orte ist, näher eingehen.

---

30) „Non debet actori licere, quod reo non permittitur". L. 41. D. de R. J.

31) Einer der unerfreulichsten Schritte der V. vom 21. Juli 1849 ist die Aufnahme des §. 40. nach §. 14. der V. vom 21. Juli 1846, den man mit von Kirchmann (über dieses Gesetz S. 15.) mit Recht beinahe ein Armuthszeugniß nennen könnte, welches dasselbe sich selbst ausgestellt habe. Wie ist dieser §., wie ist ferner das Zustellen publicirter Erkenntnisse ohne Antrag (§. 41.) mit der Verhandlungsmaxime zu vereinbaren?! — —

32) Die den Parteien gestattete Wahl, zu Protokoll oder durch Eingaben zu verhandeln, mag in einer Gesetzgebung, welche sich in einer „Umbildungs-Gährung" befindet, zu entschuldigen sein, deren Einführung in den gemeinen Prozeß (§. 10. u. 15. der V. v. 21. Juli 1849) ist aber eine so offenbare reformatio in peius, daß sie nur in dem Streben nach Uniformität einigermaßen ihre Erklärung, nicht

III.

Die Eventual-Maxime.

1.

Mindestens eben so günstig als über die s. g. Verhandlungsmaxime wird das Urtheil der Wissenschaft und Praxis über ein anderes Grundprincip des gemeinen Deutschen Prozesses lauten, über die s. g. Eventual-Maxime [1]). Sie erweis't sich als ein vorzügliches Mittel zur Beförderung des Austrages der Sache ohne Eintrag für die Gründlichkeit, indem die Parteien genöthigt werden, alles Dasjenige in demselben Acte mit einander zu verbinden, was sie zur Vertheidigung wider den Angriff des Gegners oder eine richterliche Verfügung schon geltend machen können, ohne daß es erst noch durch eine fernere Veranlassung bedingt wäre [2]). Nur an der Hand dieses Princips geht der Prozeß einen festen und gleichmäßigen Gang [3]), auf der anderen Seite wird ihm aber durch dasselbe auch ein

---

aber ihre Rechtfertigung finden kann. Man übersetze die Sache einfach dahin, daß es jetzt jeder Partei freisteht, nach bloßem Belieben bald einmal stückweise summarisch, bald wieder ein Stück in ordinario zu verhandeln, und es wird schwerlich noch eines Weiteren bedürfen, um jene neue Sanction als einen offenbaren Rückschritt erscheinen zu lassen: Vergl. indessen auch noch Puchta im Archiv für die civil. Praxis B. 17, S. 403 f.

1) Ueber die Ausbildung des Eventualprinzips, wobei sich 4 Perioden trennen lassen: Schmid, Handbuch des Prozesses Thl. 1., S. 277 ff., §. 84.

2) Vergl. Heffter, System des Civil-Prozeßrechts §. 210., S. 256. (2. Ausgabe.)

3) Götze, das Preußische Civilprozeßgesetz vom 21. Juli 1846, S. 32.

Charakter aufgedrückt, welchen man einen starren und unbeugsamen nennen könnte. Wo das Eventualprinzip fehlt [4]), da ist es nicht bloß den Parteien unverwehrt, immer neues Streitmaterial auf den Kampfplatz zu führen, es werden sogar sehr wesentliche Veränderungen des Angriffs- und Vertheidigungssystems mit großer Nachsicht gestattet. So erklärt es der §. 34. J. de actionib. (4, 6.) als nicht präjudicirend für den Kläger, wenn er in seiner Intention zu wenig begriffen habe:

„in reliquum enim nihilominus iudex adversarium in eodem iudicio ei condemnat".

So besagt ferner der §. 35. daselbst, daß, wer ein unrichtiges Fundament wähle, keine Gefahr laufen solle, sondern in demselben Prozesse seinen Irrthum verbessern dürfe [5]). Dagegen ließ schon das Canonische Recht nach der Litiscontestation eine wesentliche Veränderung des Fundaments nicht mehr zu [6]) und eine eigentliche mutatio, ein „aliud pro alio" des Angriffs oder der Vertheidigung muß vollends unstatthaft erscheinen, nachdem das Eventual-Princip durchgreifender Grundsatz des gemeinen Prozesses geworden ist, indem hier durch den Ablauf der peremtorischen, die einzelne Stufe begrenzenden Frist die Unzulässigkeit einer Verwandlung jener Stufe mindestens eben

4) L. 4. C. de except. (8. 36.) L. 2. C. sentent. rescind. (7. 59.) Nov. 116, c. 2, auch L. 9. C. de judic. Vergl. noch L. 14., §. 1. C. de compens. (4, 31.)

5) „Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittitur; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur."

6) Zu bemerken ist übrigens, daß in rem auch non adjecta causa geklagt werden konnte (oder kann?): Vergl. Heffter System § 343. v. Savigny System des Röm. Rechts B. 6 S. 533.

so sehr als die einer wesentlichen Erweiterung bedingt ist. Nur eine emendatio oder declaratio (und eine Verminderung der ursprünglichen Forderung) bleibt auch ferner noch gestattet. [7])

So hat denn der gemeine Deutsche Prozeß, während er der Verhandlungsmaxime des Römischen Prozesses treu geblieben ist, durch die Adoption des Eventualprincips in eine entschieden abweichende Bahn eingelenkt. Er hat dem Heischesatz: „da mihi factum“, den ferneren: „da id quod poteris omne“, hinzugefügt. Seine Devise ist, wie Dernburg [8]) sich ausdrückt, nicht bloß: Alles zu seiner Zeit, sondern auch: Alles zu seiner Zeit.

Der Französische Prozeß, welcher ebenfalls der Verhandlungsmaxime folgt [9]), hat dagegen in Bezug auf das Eventualprincip eine von der des Deutschen Prozesses durchaus verschiedene Entwickelung genommen. Dort fast ein offenes Feld und hier eine enge Arena; dort mehr ein freier Recontre mit dem Vortheil des Augenblicks, hier ein Kampf in geordneten „Gängen“ und strenge „geschlossenen Schranken“.

Es wird nicht gesucht erscheinen, wenn man behauptet, daß in jenen verschiedenen Wegen die Eigenthümlichkeiten der Nationen ihren Ausdruck gefunden haben. Während der Deutsche Prozeß mit einer gewissen Gravität in einem gemessenen Tempo einherschreitet, zeigt der Französische überall eine ausnehmende Leichtigkeit und Beweglichkeit. Treffend hat der bereits erwähnte Schriftsteller dem letzteren den Character einer ganz besonderen „Elasticität“

---

7) Heffter a. a. O. § 356. (Plank, Lehre vom Beweisurtheil § 37 will sogar eine mutatio libelli bis zum Beweisinterlocut gestatten.)

8) Abhandlungen S. 256.

9) Vergl. oben die Erörterung Nr. II.

vindicirt [10]), welche zumal in der Leichtigkeit, womit eine Veränderung des Angriffs gestattet wird, und der Rechtsstreit sowohl in objectiver [11]), als selbst in subjectiver Beziehung [12]) eine Ausdehnung erleiden kann, unverkennbar zu Tage tritt.

Schon bei dem Umstande, daß der Französische Prozeß so wesentlich auf der Mündlichkeit beruht [13]), ist es übrigens sehr erklärlich, daß die Eventual-Maxime hier keine weitergehende Ausbildung erhalten hat. Beide Principien sind jedenfalls schwer mit einander zu vereinigen. Schwerlich sind sie es aber auch anders, als auf Kosten der „Elasticität", und diese mochte man in Frankreich am Wenigsten opfern wollen, so lange noch ein anderes Expediens zu Gebote stand. Ein solches fand sich aber in der Beschränkung der Beweismittel. Während der Vortrag fast [14]) durchgehends frei und ungebunden blieb, wurden dem Recht zur Verwendung beliebiger Beweismittel um so straffere Zügel angelegt [15]), und so wird denn der Mangel einer strengen Eventual-Maxime in der That weit weniger übel empfunden, als gar viele Verehrer jener Maxime a priori wohl glauben mögen.

---

10) Dernburg a. a. O. S. 259.

11) Dernburg S. 268 ff. (Vgl übrigens auch Schlink im Commentar § 136 B. 1. S. 248)

12) Dernburg S. 258 f. 276. ff. Wegen der Incidente Schlink § 288 und 289.

13) Ob es freilich ganz bezeichnend sei, wenn Dernburg S. 265 sagt, daß der Richter „ganz unbekümmert um die Anträge, die in den Acten liegen, nur darüber entscheide, worüber er gefragt ist," möchte sich doch wohl bezweifeln lassen. Vergl. Schlink im Commentar § 135 B. 1. S. 462. f. und besonders §. 242 S. 521; § 258. B. 2 S. 23 § 389. B. 2 S. 469. ff. S. auch noch § 408 Bd. 2 S. 536.

14) Vergl. Schlink a. a. O. §. 262. B. 2 S. 308 ff.

15) Dernburg S. 278. ff. 303 ff. 308 ff.

Mit der Tendenz der Allg. Gerichtsordnung, nach welcher dem Richter die „Erforschung der Wahrheit“ obliegt, und er mit seiner Untersuchung nicht eher ablassen und ermüden“ soll, „als bis .... alle dazu nur irgend vorhandenen Mittel angewendet und erschöpft worden“ [16]), ist die Eventual-Maxime ebensowenig, als die Verhandlungsmaxime vereinbar. Zwar ist die erstere keineswegs ebenso entschieden als die letztere in der Gerichtsordnung aufgegeben. Wohl aber erscheint sie so ziemlich neutralisirt, wenn der Richter verpflichtet wird, auf alle irgend zum Zwecke führenden Umstände Rücksicht zu nehmen,

> „ohne sich daran zu kehren, in welchem Zeitpunkte dieselben, und ob sie z. B. — — — auch erst — — — bei der Aufnehmung der Beweismittel oder gar erst im Schlußtermine zum Vorschein gekommen sind“.

Kann doch sogar Dasjenige, was erst in der Deduction vorkommt, wenn es von „so offenbarer Erheblichkeit ist, daß dadurch eine wesentliche Veränderung in der Lage der Sache hervorgebracht werden könnte, „unter Berücksichtigung der aus der verspäteten Angabe erwachsenden Schäden und Kosten“ auch dann noch zur Instruction gezogen werden [17]).

Aus der Tendenz der Allg. Gerichtsordnung ist es aber auch leicht erklärlich, daß nicht bloß eine bessere Begründung des Angriffs im ganzen Laufe der Instruction

---

16) Einleitung § 10 und 17. Tit. 17 § 5, besonders aber Tit. 10. § 2, ferner noch Thl. III. Tit. 3. § 22 und 34. Vergl. übrigens Tit. 10 § 5b, wonach der Richter nicht befugt ist, Thatsachen, „die bloß in seiner Privatwissenschaft beruhen, als Gegenstände der Instruction aufzustellen,“ (und hierzu für den gemeinen Prozeß Schmid Handbuch des Prozesses § 129 Note 2 S. 209.)

17) Tit. 10 § 3 und 4 („so steht ihm frei“ u. s. w). —

offen steht, sondern auch ein gewisser Grad von Elasticität in den Prozeß zurückkehrte, wie sie dem gemeinen Deutschen Processe keineswegs eigen ist. Wenn sich nämlich das Klagefundament im Verfolge der Instruction dergestalt entwickelt,

„daß daraus zwar nicht dasjenige, was der Kläger in der Klage gefordert hat, wohl aber irgend ein anderer rechtmäßiger Anspruch desselben zu folgen scheint, so muß [nach ausdrücklicher Vorschrift] in Fortsetzung der Instruction dieser Entwickelung nachgegangen, und die Sache, mit Rücksicht auf diesen veränderten Gesichtspunkt dergestalt erörtert werden, daß der Richter nicht nur über den in der Klage formirten, sondern auch über den während dem Laufe der Instruction zum Vorschein gekommenen anderweitigen Anspruch des Klägers ein Endurtel abfassen könne". [18])

Doch ist „eine solche Aenderung des Antrags der Klage nur bis zum Schlusse der Sache in erster Instanz zuläßig" [19]) und die Elasticität des Processes der Gerichtsordnung geht auch keineswegs soweit, daß eine eigentliche mutatio libelli gestattet wäre, vielmehr ist diese ausdrücklich und wiederholt für unzuläßig erachtet worden [20]), eine Bestimmung, welche selbst unter der Herrschaft des Inquisitionsprincips gewiß nicht befremden kann.

2.

In der Verordnung vom 1. Juni 1833 hat sich der Preußische Prozeß entschieden wieder der strengen Even-

---

[18]) Tit. 5 § 21.
[19]) Tit. 5 § 22.
[20]) Tit. 5 § 23 Tit. 10 § 5a.

tualmaxime des gemeinen Prozesses zugewendet.

Aehnlich wie der § 37. des J. R. A. verordnet, daß der Verklagte in dem Klagebeantwortungstermine sowohl die Klage vollständig beantworten,

> „wie auch, was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, bei Strafe der Präclusion“ vorbringen.

müsse, ähnlich disponirt der § 14. der gedachten Verordnung:

> „Bestreitet der Verklagte den Anspruch, so muß derselbe nicht nur die Klage vollständig beantworten, sondern auch alle Einreden in dem Klagebeantwortungs-Termine vorbringen.
>
> Thatsachen und Urkunden, worüber er sich nicht erklärt, werden für zugestanden und anerkannt gehalten. Fernere Einreden, welche auf Thatsachen beruhen, dürfen im Laufe der ersten Instanz vom Verklagten nicht mehr vorgebracht werden.“

Es fragt sich nun, wie weit ist schon mit dieser Bestimmung eine Präclusion des weiteren Vorbringens der Parteien gegeben? Hierbei ist denn zunächst festzuhalten, daß ausdrücklich nur von einer Präclusion des Verklagten die Rede ist. Der Kläger wird in seiner Befugniß zu neuem Vorbringen durch den § 14. in keiner Weise beschränkt, nur der Verklagte darf fernere Einreden, welche auf Thatsachen beruhen, im Laufe der ersten Instanz nicht mehr geltend machen. So klar sich aber auch diese Präclusion nur auf den Verklagten bezieht, so wenig klar ist es in objectiver Beziehung, was unter diesen ferneren Ein-

---

[1]) Vergl. auch § 5, 6 und 7 der Verordnung vom 21. Juli 1846.

reden, die auf Thatsachen beruhen, zu verstehen sei. Zuvörderst darf nun wohl so gut wie gar kein Gewicht auf den Umstand gelegt werden, daß der Ausdruck „Einreden" hier an die Stelle der in der Ger.-O. üblichen Ausdrücke „Einwand" oder „Einwendung" [2]) getreten ist. Dafür spricht schon der wechselnde Gebrauch: „solche Einwendungen" und rückbezichlich „dergleichen Einreden" so wie weiterhin „Einwand" in § 3. der Verordnung [2a]).

Die Beantwortung der Klage soll nach der Ger.O. Thl. I Tit. 9 § 16 enthalten

1) die vollständige Auslassung über den Klagevortrag, —
2) „Die Einwendungen des Beklagten sowohl gegen die Forderung des Klägers überhaupt, als gegen seine Beweismittel — und die Thatsachen, worauf selbige beruhen."
3) Die dem Beklagten etwa zu statten kommenden Exceptiones juris, jedoch nur ganz kurz und ohne weitere nicht hieher, sondern in die künftige Deduction gehörende Ausführung."

Vergleicht man diese Vorschriften mit § 14. der Verordnung vom 1. Juni 1833, so wird dadurch die Annahme nahe gelegt, daß unter den „ferneren Einreden, welche auf Thatsachen beruhen," in § 14. cit. eben nur die Einwendungen unter № 2, nicht auch die exceptiones

---

2) Vergl. das Register s. v. „Einwendungen" und „Exceptio" A. G. O. Thl. I. Tit. 10. § 64 — 80.

2a) Eben so wenig scheint es uns von besonderer Bedeutung zu sein, daß in § 2 der V. vom 21. Juli 1849 statt „solche Einwendungen" (§ 3 der V. v. 1. Juni 1833) „solche Einreden" steht. Wegen des weiteren Inhalts des § kann nämlich auch dort nicht angenommen werden, daß der Ausdruck im Gegensatze zur Justificatio stehen solle.

juris [3]) unter № 3 zu verstehen seien. Dagegen läßt sich freilich einwenden, daß auch diese, zu welchen insbesondere die Verjährung ausdrücklich gerechnet wird, auf Thatsachen beruhen, was sicher nicht bezweifelt werden könnte, wenn auch nicht in § 11. Tit. 9. der Prozeßordnung von

„Thatsachen, auf die es dabei ankomme"

disertis verbis die Rede wäre. Andererseits ist aber auch gegen diesen Einwand geltend zu machen, daß selbst die bloße Berufung auf das Gesetz Thatsachen, durch welche dessen Anwendbarkeit in concreto vermittelt wird, unleugbar voraussetze, und daß eine solche nachträgliche Rechtsdeduction aus bereits vorgekommenen Thatsachen doch sicher nicht für ausgeschlossen zu halten sei. Der obige Einwand möchte demnach nicht sowohl eine unbedingte Ausschließung der s. g. exceptiones juris, als vielmehr nur eine Beschränkung motiviren können. Die Worte „Fernere Einreden, welche auf Thatsachen beruhen," werden etwa durch — „Fernere thatsächliche Einwendungen" — zu umschreiben, und alle Einreden nicht für ausgeschlossen zu halten sein, für welche die thatsächliche Begründung schon in dem bisherigen Streitmaterial enthalten war, so daß es höchstens nur noch einer Berufung auf dieselben bedarf. Ist dieses richtig, so sind die s. g. praesumtiones und beneficia juris auch da nicht für verspätet zu halten, wo nicht schon ex officio die Beachtung un=

---

[3]) Thl. I. Tit. 9 § 11 und 16, Thl. III Tit. 3 § 30 und hierzu Heffter, a. a. O. § 136 und 137. („Nur die Allg. G. O. für die preußischen Staaten hat noch den Unterschied der exceptiones juris et facti bisher beibehalten," sagt derselbe a. a. O. Note 218. S. 156 f. der 2. Ausgabe). Vergl. besonders die Entscheidungen des Geh. O.=Trib. B. 7. S. 308, auch noch A. G. O. Thl. I. Tit. 15. § 11, 5 und § 18.

umgänglich ist, vorausgesetzt nur, daß kein weiteres thatsächliches Moment zu ihrer Begründung erfordert werde. [4])

---

[4]) Hätte also z. B. der Kläger ausdrücklich „eine Forderung aus dem Jahre 1840", die bis zum Jahre 1846 verjährt sein würde, nach diesem Zeitpunkte eingeklagt, oder der Verklagte in der Klagebeantwortung das Jahr 1840 als den Zeitpunkt der Entstehung bezeichnet, so würde dieser sich auch später noch auf die Verjährung berufen können. Denn daß die Forderung vor 1845 geltend gemacht sei, würde gesetzlich nicht vermuthet werden, also das Gegentheil keiner thatsächlichen Begründung bedürfen; aus diesem Ablauf der Zeit würde aber gesetzlich weiter zu schließen sein, daß die Verbindlichkeit auf eine oder die andere Weise in der Zwischenzeit gehoben worden sei. — Die Frage, ob die Verjährung von Amtswegen zu berücksichtigen sei (Vergl. Prozeßord. Tit. 9 § 11.), ist unseres Erachtens mit Unterscheidung zu beantworten und bei der Verhandlungsmaxime zu verneinen. Vergl. auch Gönner Handbuch des gemeinen Prozesses Nr. 10 § 13 (B. 1 S. 252 ff. 2te Ausgabe.) Rauter, cours de procéd. Chap. I, 70 p. 74, n. a. Aber selbst bei der Inquisitionsmaxime erscheint es bedenklich, die Einleitung einer Klage, der der Einwand der Verjährung „entgegen zu stehen scheint," so lange abzuschlagen, als „nicht der nach Landrecht Thl. I. Tit. 9 § 569 zulässige Gegenbeweis angetreten ist": Justiz-Ministerial-Blatt de 1841 S. 308; es wird vielmehr die auf S. 291 unter Nr. 3 erwähnte Erklärung mit dem Justiz-Ministerium für genügend zu halten sein. Vergl. Prozeßordnung Tit. 6 § 7 (verbis: offenbar unzulässig"), auch noch Koch Lehrbuch des Preuß. Privatrechts § 193. extr. B. 1 S. 339. — Es kann übrigens auch bei der Verhandlungsmaxime vielfach zweifelhaft erscheinen, inwiefern eine mögliche Einwendung von Amtswegen zu berücksichtigen, oder der Exception zu überlassen sei: Vergl. z. B. A. L. R. Thl. I. Tit. 14 § 226 (verbis: „ohne rechtliche Wirkung") mit § 234 ff. („Mit dem Einwande" u. s. w.). Wo ein öffentliches Interesse concurrirt, wird Ersteres unbedenklich und ohne irgend eine Beschränkung geschehen müssen: L. un. Cod. 2, 11. Schlink im Commentar zur franz. Prozeß-O. B. 2 S. 40 und 473 und Beispielsweise A. L. R. Thl. I. Tit. 11 § 725. (Wegen der Verjährung verweisen wir nachträglich noch auf Scheele und Sommer im Arnsberger Archiv B. II. Nro. 39.)

Wiewohl wir übrigens den Ausdruck „Einreden" in der V. vom 1. Juni 1833 nicht sowohl im Sinne des gemeinen Prozesses, als vielmehr des gemeinen Lebens aufgefaßt haben, so sind doch u. E. thatsächliche Einwendungen gegen die vom Kläger nach der Klagebeantwortung vorgebrachten nova auch nach der V. von 1833 keinesweges ausgeschlossen. Wir beschränken vielmehr die Präclusion der Einwendungen in § 14 auf die Einreden gegen den Inhalt der Klage.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß im § 14 der Verordnung vom 1. Juni 1833 nur für den Verklagten eine Präclusion enthalten sei [4]). Dem Kläger ist durch jenen Paragraphen für die Anbringung neuer Thatsachen in keiner Weise präjudizirt, und auch durch die Bestimmungen über die mündliche Verhandlung, namentlich die §§ 25 und 27. ist dieses so wenig für ihn als für den Verklagten geschehen, indem diese die Anbringung neuer

„Thatumstände, insoweit sie nach § 14. noch zulässig sind"

keinesweges einer weiteren Beschränkung unterwerfen. Eine solche ist daher in dem Gesetze für den Kläger auch hinsichtlich der mündlichen Verhandlung nicht enthalten, es wäre vielmehr insoweit überall auf die früher erörterten Grundsätze der A. G. O. zurückzugehen, und danach nur eine mutatio libelli, nicht aber

1) eine Aenderung des Antrags, noch weniger
2) eine weitere Anführung von Thatsachen, wofern diese nur zu dem Hauptfactum „in Beziehung stehen" für ausgeschlossen zu erachten.

Die durch Königl. Erlaß vom 17. October 1833

---

[4]a) Da der § 14 der V. vom 1. Juni 1833 im Wesentlichen (als § 12) in V. vom 8 21.ieli u4J1 d 9 übergegangen ist, so ist hier eine Unterscheidung wieder practisch geworden, die wir mehrfach (z. B. Note 3) als eine von der Wissenschaft bereits überwundene bezeichnet haben. —

genehmigte Ministerial-Instruction hat jedoch auch für den Kläger eine Beschränkung ausgesprochen, welche, wie bereits früher erörtert wurde, im Geiste des Eventual-Princips begründet ist. „Es hat der Kläger Alles, was er vom Verklagten verlangt, in seiner Klage .... anzubringen". Nach erfolgter Einlassung darf er nicht bloß „sein Klagefundament nicht ändern", was schon nach der Gerichts-Ordnung unzulässig war, vielmehr „findet (abweichend von der Ger.-O.) im Laufe dieses Prozesses (auch) keine neue Forderung", keine mutatio petiti, mehr statt [5]). Weiter geht jedoch auch die Ministerial-Instruction keineswegs. Sie beschränkt den Kläger zu 1, weil hier die Bestimmung der Ger. O. mit dem neuen Gesetze unverträglich ist, sie beschränkt ihn aber nicht zu 2, in der Anführung neuer Thatsachen, wenn diese zu dem Hauptfactum nur „in Beziehung stehen" [6]). Wenn die Praxis hierbei anderer Ansicht ist, und sich dann doch für berechtigt hält, „aus Billigkeitsgefühl" Ausnahmen zuzulassen, so ist sie in der ersteren Beziehung im Irrthum, in der zweiten dagegen im Unrecht. V. Kirchmann, der jener Ansicht der Praxis beizupflichten scheint, muß doch auch selbst einräumen, daß in der Bestimmung des §. 29 der Instruction:

> „Nur insoweit die Klagebeantwortung dem Kläger Veranlassung zur Anführung neuer Thatsachen — — — — gibt, bleibt die Erörterung — — — noch zulässig"

eine Stütze für dieselbe nicht enthalten sei, daß diese Ver-

---

5) Wegen der Editionsgesuche bestimmen § 16 und 17.

6) Wie es zu halten sei, wenn der Kläger nova anführt und der Verklagte nicht erschienen ist, darüber vergl. vorläufig v. Kirchmann: das Preuß. Civil-Prozeß-Gesetz vom 21. Juli 1846, § 32 S. 64 ff.

anlassung vielmehr ebensogut durch die verneinende Einlassung, als durch die Einreden gegeben werden könne [7]).

Auch durch das Gesetz vom 21. Juli 1846 ist an den bisheran den Parteien gegen die Eventual-Maxime vindicirten Befugnissen nichts geändert. Dem Verklagten ist nur durch §. 5 und 6 die neue Befugniß ertheilt, die dort erwähnten Einreden zur präjudiciellen Entscheidung zu bringen und bis dahin die vollständige Einlassung zu verschieben [8]). Wenn es aber in §. 7. heißt:

„Werden in der Klagebeantwortung Thatsachen angeführt, die in der Klage nicht vorgekommen sind, oder werden darin Einreden vorgebracht, so bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, die Parteien vor der mündlichen Verhandlung noch mit ihrer Replik und Duplik zu hören,“

so ist hiermit ausdrücklich gesagt, daß in der Replik nicht bloß von eigentlich sogenannten Repliken die Rede sein dürfe und jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß auch eine Verbesserung der Klage in den früher angegebenen Grenzen noch zulässig sei, und es könnte hiernach auf's Höchste bezweifelt werden, ob dieselbe nicht nothwendig in der Replik erfolgen müsse, oder auch hier noch bei der mündlichen Verhandlung erfolgen könne.

Wenn sodann der §. 8. weiter bestimmt:

„Die Replik muß eine vollständige Beantwortung der Klagebeantwortung und die Duplik eine vollständige Beantwortung der Replik enthalten“,

so scheint auch dieses noch keineswegs gegen die letzte Alternative zu sprechen, und nur der Schlußsatz:

---

7) v. Kirchmann a. a. O. § 16. S. 25.

8) Vergl. hierzu Code de procéd. Art. 166 — 172. 174. 186. f.

„Fernere auf Thatsachen beruhende Entgegnungen (Replikationen und Duplicationen) können im Laufe der ersten Instanz nicht mehr vorgebracht werden“.

kann es in Frage stellen, ob nicht, wo eine besondere Replik gestattet wird, die an sich zulässige Klagebesserung nothwendig in dieser erfolgen müssen. Für diese Ansicht möchten wir uns denn auch erklären, da ebensowenig ein Grund vorliegt, die Ausdrücke „Replik“ und „Duplik“ oder „Replikatio“ und „Duplikatio“ in einem besonderen und beschränkteren Sinne (dem des gem. Prozesses) zu nehmen, als ein solcher bei dem Ausdrucke „Einreden“ vorhanden war. Nur insofern in der Duplik noch zulässige Thatsachen vorgebracht werden, die den Kläger zu einer Engegnung bestimmen, zu welcher ihm nicht schon „die Klagebeantwortung Veranlassung gab“ (§. 29. der Instruction), ist auch eine „weitere thatsächliche Begründung des Anspruchs, und wäre es auch eine eigentliche Klagebesserung (in den früher erörterten Grenzen derselben), noch für statthaft zu halten. Die Annahme aber, daß durch den Schlußpassus des §. 8. nach der Duplik alle „ferneren auf Thatsachen beruhenden Entgegnungen“ ausgeschlossen seien [9]), würde nur dann einen Grund haben, wenn entweder die Erläuterung („Replicationen und Duplicationen") ganz fehlte, oder statt der gegebenen von Triplicationen und Quadruplicationen die Rede wäre. Daß eine Apposition oder ein Citat in Parenthese eine Restriction des zu weit oder zu unbestimmt gefaßten Contextes enthalte, ist auch sonst in der Preußischen Gesetzessprache keinesweges ohne Beispiel [10]).

---

9) v. Kirchmann a. a. O. §. 17. S. 34.

10) Vergl. z. B. § 20. der Subhastations-Ordnung für die Rheinprovinzen vom 1. August 1822.

So wenig wir aber alles weitere Vorbringen nach der Duplikschrift für schlechthin ausgeschlossen erachten, so möchte doch der Richter zur Gestattung eines weiteren Schriftenwechsels, den Götze für zulässig hält [11]), ohne ausdrückliche Autorisation des Gesetzes schwerlich berechtigt sein.

So weit aber nach dem Obigen neue Thatsachen bei der ersten mündlichen Verhandlung noch zulässig sind, so weit sind sie es an sich auch noch nach stattgehabter Beweisaufnahme. Das Gesetz hat hier mehr in den Weg des Französischen Prozesses eingelenkt: nur die Art der Waffen, möchten wir sagen, ist beschränkt, der Angriff und die Vertheidigung selbst haben eine weitere Beschränkung nicht erfahren. Für die Erhärtung einer Behauptung, insoweit diese an sich nach den früheren Bestimmungen noch zulässig ist, bleibt (abgesehen von Zugeständnissen des Gegners) nach §. 35. der Verordnung nur noch die Eidesdelation übrig [12]).

Für die Appellations-Instanz können die §§. 42. und 44. der Verordnung vom 1. Juni 1833 zu Zweifeln hinsichtlich des Eventual-Princips Anlaß geben. Während es in §. 44. heißt:

„Neue Thatsachen dürfen vom Appellaten [nach der Beantwortung der Appellation] im ferneren Laufe des Verfahrens nicht mehr vorgebracht werden“, —

---

11) Götze, das preußische Civilprozeßgesetz vom 21. Juli 1846, S. 53.

12) Andere Beweismittel nur, „wenn sich dieselben erst aus dem aufgenommenen Beweise als vorhanden ergeben haben.“ § 35. der V. Vergl. hierzu v. Kirchmann a. a. O. § 16. S. 28. f.

heißt es in §. 42. in Bezug auf den Appellanten

„Thatsachen zur Begründung der Appellation, welche in der Appellationsrechtfertigung nicht vorkommen, dürfen im ferneren Verlaufe nicht mehr geltend gemacht werden",

und es läßt sich hiernach die Frage aufwerfen, ob nicht Thatsachen zur Widerlegung der Beantwortung noch zulässig seien. Wir finden jedoch, zumal mit Rücksicht auf die Worte: „zur Begründung der Appellation" in §. 42., kein Bedenken, diese Frage, wie dieses auch schon bei von Kirchmann [13]) geschehen ist, zu bejahen.

IV.

Der Versuch der Sühne.

Es wird wohl nicht leicht geleugnet werden, daß der Prozeß als der gesetzlich gebotene Weg, auf welchem das verletzte Recht zur Geltung und Anerkennung gelangen soll, von dieser Seite betrachtet nur als eine Wohlthat für den Verletzten, wenn auch nicht eben als die beneidenswertheste erscheinen könne und daß hauptsächlich schlechte Procedurgesetze, sowie unfähige und pflichtvergessene Richter und Sachwalter die Schuld tragen, wenn auch hier die „Wohlthat" zur vollendeten „Plage" wird.

Nicht so unbezweifelt ist dagegen die übrigens weit

---

[13]) A a. O. § 55. S. 143.

verbreitete Ansicht, daß der Prozeß doch immer und unter allen Umständen als ein gemeinschädliches Uebel anzusehen sei, dessen Verhütung und Ausrottung die Gesetzgebung zu ihrer Hauptaufgabe zu machen habe. Gehäuftere Prozesse sollen nach dieser Auffassung stets zu den bedauerlichsten Erscheinungen zu rechnen, und als ein trauriges Zeugniß für die Abnahme des Wohlstandes oder der Gesinnungstüchtigkeit eines Bezirks zu betrachten sein. In Deutschland namentlich hat diese Anschauung nicht blos im gemeinen Leben und in den Gellert'schen Fabeln, sie hat vielmehr auch bei den Legislatoren Eingang und Anerkennung gefunden, und so findet sich dieselbe denn auch von den Redactoren der Allg. Ger. O. ganz besonders vertreten [1]). Man verkennt dabei, daß zahlreiche Prozesse als die nothwendige Folge eines gesteigerten bürgerlichen Verkehrs erscheinen müssen und daß gefülltere Registraturen eben sowohl ein Zeichen des wachsenden Wohlstandes eines Gerichtssprengels sein können, als ein Zeugniß für die steigende Armuth oder die wachsende Prozeßsucht seiner Bewohner. [2])

Jemehr aber eine Gesetzgebung von jener Ansicht durchdrungen ist, jemehr wird sie, zumal wenn sie überhaupt zu einer Bevormundung der Staatsbürger hinneigt, officielle Vergleichsversuche begünstigen. Dem Römischen Recht war ein solches Streben fast durchgehends fremd; die freie Selbstbestimmung und Verfügung des Staatsbürgers sollte auch hier in keiner Weise verkümmert werden, und selbst die spätere Zeit ist diesen Grundsätzen treu geblieben.

---

1) Allg. Ger. O. Einleitung § 22 ff. Thl. I. Tit. 11. § 1. Vergl. auch die Cabinets-Ordre vom 14. April 1780.

2) Vergl. Mittermaier der gem. d. bürgerl. Prozeß Beitrag I § 1.

V. Oppen Vergleichung der Französ. und Preuß. Gesetze, Heft 2. S. 107. f.

Von anderen Gesichtspunkten ging aber schon das ältere Deutsche Recht aus und daß Sühneversuche ganz besonders im Canonischen Recht eine Stütze finden mußten, darf neben der Hinweisung auf den Geist des Christenthums wohl kaum noch durch Allegate [3]) erwiesen werden.

Wir unsererseits sind nun zwar weit entfernt, den officiellen Vergleichsversuchen ohne Weiteres den Stab zu brechen. Wir müssen aber vor Allem zwei negative Anforderungen an die Gesetzgebung stellen,

einmal, daß der Vergleichsversuch nicht dem Richter, bei dem die Parteien Recht suchen, überwiesen werde,

sodann, daß derselbe in keiner Weise mit einer Beschränkung des Rechtsweges oder einer sonstigen Beschwerung der Parteien verbunden sei. Wir finden es also

1) durchaus verwerflich, wenn dem Richter durch die Gesetzgebung zugemuthet wird, sich zum Vermittler unter Parteien herzugeben. Er soll als Richter über ihnen, nicht als Rathgeber zwischen ihnen stehen. Die Verpflichtung, die Sühne zu versuchen, verrückt nothwendig jenen einzig richtigen Standpunkt und bringt den Träger des Richteramts in eine völlig schiefe Stellung. Soll sein Versuch irgend einen Erfolg haben und nicht in eine leere Formalität umschlagen, so wird er nicht umhin können, sich zu der einen oder der andern Seite hinzuneigen. Er wird seine Ansicht schon vor der Entscheidung kundgeben oder doch mindestens durchblicken lassen müssen und es wird weniger die Liebe zum Frieden beide Theile, als vielmehr die Aussicht auf einen ungünstigen Erfolg den einen Theil zum Nachgeben, vielleicht zur Aufopferung seines guten Rechts, bewegen. Bloße allgemeine Ermahnungen zum Frieden

---

3) Vergl. cap. 11. X. de transact. (1. 36.)
cap. 1. X. de mut. pet. (2. 4.)

ohne alles nähere Eingehen auf die Sache würden aber nicht blos fast durchgehends völlig erfolglos bleiben, sondern auch der richterlichen Stellung bei einer richtigen Auffassung derselben schwerlich entsprechender gefunden werden. Die Erfahrung hat aber auch gelehrt, daß selbst die Gesetzgebungen, welche weiter gehen, und dem Richter zumuthen, die Parteien zum Zweck der Sühne zu belehren und zu bedeuten, nur sehr geringe Resultate erzielt haben. So mußten wir denn zunächst gegen die fernere Beibehaltung des richterlichen Sühneversuchs ganz entschiedene Einsprache erheben. Die hier erörterten Vorwürfe treffen aber fast mehr den gemeinen und den neueren Preußischen Prozeß, als das Verfahren nach der A. G. O., da in dieser der Sühneversuch dem Instruenten, nicht dem erkennenden Richter zugewiesen ist.

Nach dem gemeinen Prozeß soll der Richter erster Instanz in zweifelhaften Sachen nicht allein vor angefangenem Rechtsstreit und Litiscontestation, sondern auch in jeder Lage des Prozesses durch alle dienliche Mittel und Wege, auch schiedliche Erinnerungen die Parteien in Güte von einanderzusetzen und hierdurch alle weitläuftige, kostspielige Rechtfertigung zu verhüten, sich befleißigen, jedoch ehe er die Güte den Partheien vorschlägt, vorher in den Sachen sich wohl informiren und sein Absehen dahin sorgfältig stellen, daß die eine öffentlich ungerechte Sache führende Parthei zu derselben nicht gelassen, noch der rechthabende Theil damit beschwert, noch auch die Justiz wider des anderen Theils Willen verzögert werde. [4])

---

[4]) J. R. A. § 110.

Die Allgemeine Prozeß-Ordnung verpflichtet den Instruenten, er solle nicht blos

„gleich bei der ersten Vernehmung der Parteien sich alle Mühe geben, dieselben, wenn vornehmlich die Sache zweifelhaft und weitaussehend zu sein scheine, zu deren gütlicher Beilegung möglichst zu bewegen, sondern — auch — die Sühne sowohl während der ganzen Instruktion als hauptsächlich nach regulirtem status causae — — allen Ernstes“ versuchen.[5])

Die Preußische Novelle vom 1. Juni 1833 läßt zunächst den Vergleichsversuch des Deputirten bestehen, hat aber auch dem Vorsitzenden bei der mündlichen Verhandlung den nochmaligen Versuch der Sühne[6]) zur Pflicht gemacht. Da aber die Verordnung vom 21. Juli 1846 dem Verklagten das Erscheinen im Klagebeantwortungstermine erlassen, und die Einreichung eines Schriftsatzes gestattet hat, da ferner mit der Nothwendigkeit der accusatio contumaciae ein erhebliches Motiv für den Kläger, auch seinerseits im Termin zu erscheinen, weggefallen ist, so wird der Vergleichsversuch fast nur noch durch den Vorsitzenden im Namen und unter Concurrenz des erkennenden Collegii stattfinden können.

Die Französische Gesetzgebung, welche die Stellung des Richters vielleicht mehr als irgend eine andere in ihrer begriffsmäßigen Reinheit aufgefaßt und durchgeführt hat, ist sich in dieser Beziehung auch hier consequent geblieben. Der Vergleichsversuch ist aus dem Bereiche des Prozesses sogar völlig verbannt und vor ein anderes Forum verwiesen. Ob dem Gesetz hierbei nicht auf seiner

---

5) Prozeß-Ordn. Tit. 11 § 1.

6) „Der nochmalige Versuch der Sühne“ in § 28 der V. vom 1. Juni 1833 ist in § 22 der V. vom 21 Juli 1849 weggeblieben.

positiven Seite, hinsichtlich der Wahl des Friedensrichters nämlich, ein Vorwurf zu machen sei, ist wenigstens hier nicht zu untersuchen. [7])

2) Die andere Forderung negativen Inhalts, welche wir oben gestellt haben, ist die, daß offizielle Vergleichsversuche in keiner Weise eine Beschränkung des Rechtsweges oder eine anderweitige Beschwerung der Parteien enthalten dürfen. Wir müssen es demnach mißbilligen, wenn durch Vergleichsversuche auch nur die Einleitung des Prozesses gegen den Willen der einen Partei verzögert wird, noch mehr, wenn dadurch den Parteien Kosten erwachsen oder dieselben auch nur indirekt zum Erscheinen genöthigt werden. Vollends verwerflich erscheint es aber, wenn der vorherige offizielle Vergleichsversuch sogar zur Bedingung der Zulässigkeit des Rechtsweges gemacht wird und nur in besonderen Fällen, namentlich bei ehelichen Streitigkeiten, würde eine solche Vorschrift zu billigen sein. [8])

Der hier erörterte Vorwurf der Beschränkung und Beschwerung der Parteien trifft aber nicht so fast den Preußischen und selbst den gemeinen Prozeß als vielmehr den Französischen, in welchem das aus der Englischen Gesetzgebung entlehnte Institut der Friedensrichter zu einem sehr wesentlich verschiedenen geworden ist. [9]) Nach Französischem Recht soll jeder Hauptklage, welche eine erste Instanz einleitet, ein Sühneversuch vor dem Friedensgericht vorhergehen. Das rechtliche Gehör ist von dem Umstande bedingt, daß die Sühne vergeblich versucht worden, und

---

[7]) Vergl. Schlink im Commentar zur franz. Civil-Prozeß-O. § 172 B. 1 S. 334 f.

[8]) Vergl. Mittermaier Beiträge I. § 12. III. S. 92.

[9]) Vergl. Mittermaier Beiträge I. § 12. I, 2. S. 87 ff.

es ist somit eine Beschränkung des Rechtsweges gesetzt, welche wir schon als solche nur entschieden mißbilligen können.

Der Gesetzgeber erregt aber auch selbst gegen das Institut, wie er es geschaffen, von vorneherein die erheblichsten Bedenken, wenn er einmal sofort eine Hinterthüre eröffnet, durch welche der vorgeschriebene Weg so ziemlich umgangen werden kann, und sodann diesen für eine große Anzahl von Fällen sogar völlig erlassen zu sollen geglaubt hat.

Das persönliche Erscheinen kann durch Erlegung einer Strafe von 10 Franken selbst von dem Kläger vermieden werden, [10]) und die Fälle, welche von dem Sühneversuch entbunden sind, stehen zu den übrigen in einem solchen Verhältnisse, daß in wenigstens fünf Sechsteln aller Prozesse gar kein Vergleichsversuch erforderlich ist. [11]) Schon bei dem numerischen Mißverhältnisse, zu welchem der Gesetzgeber selbst die Regel herabzudrücken für gut befunden hat, kann es wohl kaum überraschen, wenn ein bekannter Comentator des Französischen Prozesses den Sühneversuch desselben für „ein unreifes, tadelhaftes und in seiner dermaligen Gestalt nicht beizubehaltendes Institut" erklärt. [12]) Die Erfahrung giebt ihm aber auch wohl überall nichts weniger als ein günstiges Zeugniß. Daß der Erfolg dieser Einrichtung ein höchst geringfügiger sei, ist dem Verfasser dieser Erörterungen noch unlängst von einem ausgezeichneten Praktiker bestätigt worden.

Nach dem bisher Bemerkten wird es nicht befremden, wenn wir uns hinsichtlich des Sühneversuchs ebensowenig

---

10) Schlink a. a. O. § 173. und 181. B. 1 S. 335. f. 351. f.

11) Schlink a. a. O. §. 172 B. 1 S. 334.

12) Schlink a. a. O. Vergl. auch v. Oppen, Vergleichung der Französischen und Preußischen Gesetze, Heft 2 S. 170 ff.

für das gemeine Recht oder die Preußischen Prozeßnovellen als für das Französische Recht erklären. Unseres Erachtens sollte der Vergleichsversuch aus dem Bereiche des Prozesses völlig ausgewiesen, und derselbe der freien Entschließung der Parteien überlassen werden.

Nur das wird das Richtige sein, wenn den Parteien durch ein offizielles Institut, welches Vertrauen erweckt und durchaus mit keinem Zwange verbunden ist, die Anregung zum freiwilligen Vergleichsversuche geboten wird. In diesem Sinne ist das Institut der Schiedsmänner zunächst in der Provinz Preußen ins Leben getreten. Es sollte „als eine freiwillige Institution dastehen, zu welcher der Kläger nur im Einverständnisse mit dem Verklagten alsdann seine Zuflucht nehmen könne, wenn beide Theile hofften, daß durch die Hülfe des Schiedsrichters ihre Streitigkeiten ausgeglichen werden könnten.“ 13) Daß die bald nach einander folgenden Anträge der betreffenden Provinzialstände die Einführung in allen östlichen Provinzen herbeigeführt haben, darf wohl schon allein als hinreichende Gewähr dafür betrachtet werden, daß man sich bei dieser Einrichtung im Allgemeinen auf dem richtigen Wege befunden habe. 14)

---

13) Vergl. die Ergänzungen der Preußischen Rechtsbücher von Gräff, Koch 2c. 3te Ausgabe B. 7 S. 175. (bis 189), wo sich auch die Literatur verzeichnet findet

Die Berichte der Obergerichts-Präsidenten äußerten sich verschieden. „Die Stimmen des Publikums sind für und wieder das Institut“ bemerkt der General-Bericht des Justiz-Ministers in v. Kamptz Jahrbüchern B. 49, Anhang S. 93. Puchta sagt im Archiv für die civilistische Praxis B. 20 S. 436: „Es scheint nicht zweifelhaft, daß unter den bisher recensirten Vergleichsinstituten dieses preußische noch das zweckmäßigste ist.“ (Ueber die Dänischen Vergleichs-Commissionen vergl. v. Kamptz Jahrbücher Heft 75. S. 3—66 Puchta a. a. O. S. 414. ff.)

Selbstredend ist übrigens hier nicht der Ort, um auf das Institut und seinen Erfolg näher einzugehen. Wir müssen vielmehr in dieser Beziehung an die diesem Gegenstande besonders gewidmeten Arbeiten verweisen, da unsere Aufgabe nur die sein sollte, die Vergleichsversuche im Laufe des Prozesses oder gar als Bedingung der Zulassung desselben einer kurzen Kritik zu unterwerfen.

V.

Ueber die unmittelbare Einbringung der Klage bei Gericht und deren Abweisung ohne Vorladung des Verklagten.

---

§. 1.

Bekanntlich ist die Klage sowohl nach dem gemeinen als nach dem ältern und neuern Preußischen Prozesse unmittelbar bei dem Richter anzubringen.

Wir haben bereits in einer früheren Erörterung im Justiz-Ministerial-Blatte für 1849 S. 338 ff. verschiedene Bedenken zu erledigen gesucht, welche sich gegen eine sofortige Zurückweisung der Klage theils im Interesse des Klägers, theils in dem des Verklagten aus mehr oder minder scheinbarer Veranlassung erheben lassen und wollen insoweit, um nicht zu wiederholen, auf das dort Gesagte verweisen. Es wurde dabei überall noch voraus-

gesetzt, daß eine solche Abweisung a limine nicht die Kraft der res judicata [1]) erlangen könne, daß zwar gegen dieselbe eine eigentliche Appellation (nicht eine einfache Beschwerde [2]) zulässig, jenes Rechtsmittel aber keineswegs erforderlich sei, um die Rechtskraft der ergangenen Entscheidung abzuwenden. Die Richtigkeit der Voraussetzung, daß die sofortige Abweisung des Klägers nie die Kraft eines Endurtheils haben könne, ist jedoch keineswegs außer Zweifel, es haben sich vielmehr gewichtige Stimmen für die Ansicht erhoben, daß nach gemeinem Prozeß auch gegen einfache Abschlags-Decrete in der gewöhnlichen Frist die Appellation zu ergreifen sei, wenn sie anders nicht die Rechtskraft beschreiten sollten [3]). „Diese Abweisung — sagt ein bereits früher angeführter Schriftsteller [4]) — ist das Product der richterlichen Reflexion über einen ihm zur Enscheidung vorgelegten Fall, und enthält einen mit vollständiger cognitio causae erlassenen Ausspruch darüber; dieser muß daher auch die Kraft eines Urtheils haben.“

---

[1]) Ueber die frühere und spätere Bedeutung dieses Ausdrucks: Bayer Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civil-Prozeß, 7te Auflage, S. 255. f.

[2]) Vergl. die erste Erörterung § 5 Note 7. Auch keine s. g. Extrajudizial-Appellation: Schmid Handbuch des Prozesses § 238 vergl. mit § 237.

[3]) Vergl. Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis B. 5. S. 365 und 369, Bayer a. a. O. S. 657 und das Justiz-Ministerial-Blatt für 1849 S. 89.

[4]) Barth civilist. Promtuarium B. I. S. 42. (Vergl. auch § 4 der früheren Erörterung nnd noch Heffter, System des römischen und deutschen Civilpr.-Rechts § 345: „Die Stellung des deutschen Richters — sagt dieser — ist in Vergleichung mit der des römischen nicht verändert. Ihm gebührt in allen Fällen die Untersuchung und Prüfung der Zulässigkeit der Klage an sich und er hat darüber ein

Wir wollen zunächst in Bezug auf die Parteien untersuchen, inwiefern es bedenklich sei, daß eine sofortige Verwerfung des Klageanspruchs der Rechtskraft unterworfen und an die ordentlichen Instanzen verwiesen werde [5]). Was nun aber

erstens den Kläger anbelangt, so wird dieser in der Klage vollständig gehört, und es scheint in Bezug auf ihn der in Frage gestellten Sanction kein begründetes Bedenken entgegen zu treten. Jedenfalls dürfte ein solches alsdann nicht mehr vorhanden sein, wenn der in §. 5. unserer früheren Erörterung proponirte Vorschlag gebilligt wird. Es gilt hier vollkommen der Ausspruch der L. 42. D. de R. J.:

„— — plane qui agit, certus esse debet, cum sit in potestate eius, quando velit experiri: et ante debet diligenter rem explorare, et tunc ad agendum procedere.“

Dagegen möchte man

zweitens in Betreff des Verklagten hier noch einwenden wollen, daß er bei einer Abänderung in zweiter Instanz und der hier verordneten Zulassung der Klage doch nicht ungehört in die Kosten verurtheilt werden dürfe. Einestheils ist aber gegen diesen Einwurf geltend zu machen, daß die Mittheilung der Klage und ihrer Abweisung [6])

Urtheil zu fällen, welches gemeiniglich in der Form eines Decrets jetzt erklärt wird.“)

5) Verordnet der höhere Richter die Einleitung des Prozesses, so ist allerdings kein Grund vorhanden, nun auch dem Verklagten hiergegen noch ein Rechtsmittel zu gestatten, da dieser jetzt seine Einwendungen im Wege der Klagebeantwortung geltend machen kann. Insoweit muß man also der Ansicht Spangenbergs in den practischen Erörterungen B. 1 Nro. 55 S. 452 ff. unbedenklich beipflichten.

6) Vergl. meine Abhandlung in dem Justiz-Ministerialblatt für 1849 S. 339 Note 3.

dem Verklagten es hinreichend freilasse, den Kläger klaglos zu stellen, wenn er den Erfolg der Appellation bedenklich finden sollte, andererseits möchte es aber auch durchaus angemessen erscheinen, von gerichtlichen Kosten, soweit es sich um die unbegründete Abweisung und deren Beseitigung handelt, wie bei einer Abänderung im Beschwerdewege, gesetzlich zu abstrahiren, die übrigen Kosten aber dem Endbescheide vorzubehalten.

§. 2.

Nicht so einfach wie die seither erörterten Anstände gegen die Abweisung a limine erledigt sich ein weiteres Bedenken, welches wir nunmehr ins Auge fassen wollen. Es ist dieses nicht mehr von den Interessen der Parteien, vielmehr aus der Stellung des Richters, welcher vielfach zu wenig Rechnung getragen wird, entnommen. Der Kernpunkt bei allen Prozeßinstitutionen — sagt Heffter [7]) — ist die Stellung des Richters, die Bestimmung und die Grenze seines Wirkungskreises." Inwiefern ist nun eine angemessene und würdige Stellung des Richters mit der Zulassung einer a limine abgewiesenen Klage durch den höheren Richter vereinbar? — Der Richter, welcher einen Anspruch als gesetzwidrig, oder auch nur wegen mangelnder Begründung verworfen hat, hat damit seinen Ausspruch in der Sache gegeben. Es läßt sich von ihm sagen, daß er "officio functus [8])" sei, und er befindet sich gewiß in der mißlichsten Lage, wenn er über einen Anspruch, den er bereits für verwerflich erklärt hat, eine nach seiner Ansicht völlig nutzlose Verhandlung eröffnen und sodann de novo entscheiden soll. Es ist uns zwar zur Genüge be-

---

[7]) System des römischen und deutschen Civil-Prozeßrechts § 3.

[8]) L. 55. D. de re judicata. Vergl. Rauter cours de procéd. c. Introd. 46.

kannt, daß die Praxis in der Zurückverweisung der Sachen bei reformatorischer Entscheidung gegen die klaren Aussprüche der Gesetze [9]) durchgehends sehr weit gegangen ist. Die Furcht, die gesetzlichen Instanzen zu schmälern, hat dabei die Hauptrolle gespielt, und die Rücksicht auf eine würdige Stellung des Richters ist völlig in den Hintergrund getreten. Wie kläglich ist nicht der Trost, den selbst Pufendorf [10]) ihm giebt, wenn er sagt:

— — neque est quod queri possit iudex inferior, se ad corrigendam sententiam, quam ipse tulit, adigi. Neque enim ex sua, sed ex superioris iudicis animi sententia corrigit.“! —

Es macht aber auch, um insbesondere auf die Abweisung der Klage zurückzukommen, wohl kaum einen Unterschied, ob der erste Richter die Verwerfung in der Form eines Decrets oder eines s. g. Urtheils ausgesprochen hat. Er kann durch die Zulassung der Klage in zweiter Instanz und die Zurückweisung an ihn hier wie dort in den Fall kommen, über dieselbe Frage de novo in derselben Sache entscheiden zu müssen. Das erörterte Bedenken scheint demnach nicht sowohl gegen die mögliche Rechtskraft der Abschlags-Decrete zu sprechen, als vielmehr auf eine Prüfung der Frage hinzuweisen, ob es nicht angemessen sei, dem Richter, der das Klagefundament verworfen hat, eine nochmalige Entscheidung über

---

9) cap. 61. X. de appellat. (2, 28) cap. 59 X. eod. S. besonders Linde im Archiv für die civil. Praxis B. 15. S. 158 ff. Vergl. auch Heffter System des röm. und deuschen Civil-Prozeßrechts § 459. Note 159. S. 556.

10) In der im Allgemeinen gewiß höchst schätzenswerthen Abhandlung über die Res judiciaria Romana et Germanica: Observatt. III, 225. § 97. pag. 619.

dasselbe nicht mehr zuzumuthen. Billigt man dieses — und es hat gewiß alles Mögliche für sich —, so würde freilich, wenn der Appellationsrichter sich für die Zulassung entscheiden sollte, nichts Anderes übrig bleiben, als die Sache nunmehr in zweiter Instanz in derselben Weise verhandeln zu lassen, wie dieses für die erste Instanz vorgeschrieben ist. Daß der Verklagte hierbei hinsichtlich der Einreden eine Instanz verlieren würde, läßt sich mit Grund nicht entgegensetzen, da für den ersten Richter, der die Sache an sich für unbegründet hielt, keine Veranlassung obwaltete, diese Einreden, wenn sie ihm auch vorgelegen hätten, einer Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen. Deßohngeachtet sind wir noch weit davon entfernt, uns für den gedachten Ausweg entscheiden zu wollen, wir finden es vielmehr am Angemessensten, daß der Richter nicht früher mit der Sache befaßt werde, als bis die Einlassung erfolgt oder die Frist dazu versessen ist.

§. 3.

Zu dieser Ansicht werden wir aber fast weniger durch die unter §. 2. erörterten Schwierigkeiten, als durch eine andere Betrachtung hingedrängt. Wir entnehmen den bestimmenden Grund für dieselbe nicht so sehr aus den Bedenken, welche sich gegen die sofortige Zurückweisung, als vielmehr gegen die vorläufige Billigung und Zulassung der Klage erheben. Denn es ist doch wohl unleugbar, daß die Zulassung der Klage eine gewisse Voreingenommenheit des Richters für den Anspruch schon vor der endlichen Entscheidung bekundet, daß sie auf eine Geneigtheit hindeutet, denselben zu seiner Zeit zuzusprechen, falls er nicht durch eine Einrede entkräftet werden sollte. Die Zulassung ist demnach wohl geeignet, bei dem Verklagten den Zweifel hervorzurufen, ob er es auch noch mit einem ganz unbefangenen Richter zu thun habe, ob ihm seine

Bestreitung des Klagegrundes in iure auch noch irgendwie nützen werde, da der Richter durch eine spätere Verwerfung desselben, die nicht auf das Mißlingen des Beweises oder auf eine Einrede basirt wäre, nicht undeutlich bekunden würde, daß er eine Verhandlung über einen grundlosen Anspruch eröffnet habe[11]). Eine richterliche Verfügung über die Einleitung des Prozesses sollte demnach nur da zugelassen werden, wo sie ausnahmsweise durch ganz besondere Gründe geboten ist und wir können somit nur unsere am Schlusse des §. 2. ausgesprochene Ansicht wiederholen. Damit ist aber noch keineswegs gegeben, daß nunmehr die Französische Vorverhandlung unter den Anwälten[12]) ohne Weiteres schlechthin zu adoptiren sei, es ist vielmehr durch die Vorschriften über das schriftliche Verfahren[13]) ein anderweitiger Ausweg nahe gelegt, bei dessen Andeutung wir es jedoch hier noch bewenden lassen.

§. 4.

In der älteren Zeit hatten die Gerichte auch in Frankreich bei der Eröffnung des Prozesses regelmäßig mitzuwirken. Der Kläger hatte dem Richter ein Gesuch (Requête) zu überreichen, worin ein Antrag enthalten und entwickelt war, und der Richter erließ, falls er das Gesuch nicht unstatthaft oder grundlos fand, einen Befehl (Ordonnance), wodurch er die Vorladung des Verklagten

---

11) — — — „wir hoffen, er wird den Heroismus haben, sich selbst zu vergessen und Recht zu üben" sagt Schlink, Beiträge zur Reform der Rheinischen Bürgerl. Gerichtsordnung S. 41.

12) Klagen über dieselbe bei Schlink im Commentar § 133 B. 1 S. 241—243. Vergl. aber auch Dernburg Abhandlungen S. 328.

13) Code de procédure Art. 96. ff.

verordnete. Schon im Jahre 1667 wurden aber „bei allen Hauptklagen und Appellationen“ die Vorladungen „ohne vorherigen Auftrag oder Erlaubniß“ der Regel nach für zulässig erklärt, und nachdem später der Gebrauch der Requêtes eine Zeit lang sogar „in allen Sachen und bei allen Tribunalen abgeschafft“ war, ist derselbe durch die neuere Gesetzgebung nur für besondere Fälle wieder hergestellt worden[14].

Nach dem regelmäßigen Verfahren bei den Landgerichten, wonach die Abfassung und Zustellung der Ladung, welche die Stelle der Klage zu vertreten hat, durch die Gerichtsvollzieher geschieht[15], wird der Richter erst in der Audienz mit der Sache befaßt. Der Verklagte ist also hier bereits allemal geladen und die Frage, ob die unbegründete Klage ohne vorherige Ladung des Verklagten zurückzuweisen sei, kann hier gar nicht entstehen. Die Fälle aber, in welchen der Richter durch eine einfache Requête mit der Sache befaßt werden kann, betreffen zum Theil wenigstens Gesuche, bei welchen jedes contradictorische Verfahren aus Mangel einer Gegenpartei ausgeschlossen ist[16], zum Theil aber solche Anträge, welche im

---

14) Vergl. Schlink im Commentar B. 1 S. 501 ff. Perrot Verfahren der Gerichte der Preuß. Rheinprovinz B. 1 S. 268 ff.

15) Bedenken gegen die Abfassung der Klage durch die Gerichtsvollzieher bei Schlink §. 57. B. 1 S. 96, der sich aber ebenso gegen die Aufnahme durch den Richter erklärt, und zugleich eine Inconsequenz hinsichtlich der Kassations-Instanz hervorhebt, für welche die Abfassung durch einen Advokaten vorgeschrieben ist. Vergl. auch von Oppen, Vergleichung der Französischen und Preußischen Gesetze, Heft 2 S. 106 f.

16) Vergl. Schlink § 234. B. 1 S. 503 f. und Perrot a. O. S. 276 ff. und besonders S. 279 (über das hier stattfindende Verfahren).

Laufe eines bereits anhängigen Verfahrens erhoben werden, und bei welchen die Qualificirung als Bittschrift nur die eigenthümliche Form für eine Mittheilung ist, die jener Form ungeachtet nicht an den Richter, sondern an die Gegenanwälte erfolgt[17]). Doch giebt es freilich auch Hauptklagen, welche aus besonderen Gründen nur mit Erlaubniß des Richters eingeleitet werden können, in welchen also der Ladung ein Antrag auf Gestattung derselben und eine Ordonnanz vorhergehen muß[18]).

Sehr beherzigenswerth ist übrigens der Gang, welchen die friedensgerichtliche Procedur bei Einleitung eines Rechtsstreits gerade in der Preußischen Rheinprovinz genommen hat. Durch ein Französisches Gesetz von 1790 war allgemein vorgeschrieben, daß die Friedensrichter sogar die Vorladungen abfassen und die Gerichtsvollzieher dieselben bloß zustellen sollten[19]). Diese Anordnung wurde durch §. 2. und 3. des Preußischen Gesetzes vom 7. Juni 1821 bestätigt, durch §. 9. des Preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1843 aber wieder auf-

---

[17]) Perrot a. a. O. S. 270 ff. besonders S. 271. Vergl. auch Schlink § 235 B. 1 S. 504 f. § 242 B. 1 S. 521. § 258, 5. B. 2 S. 23. Es gehört hieher z. B. die Intervention: C. de Pr. Art. 339, die Pemremtion: Art. 401., der Dritteinspruch: Art 475, die Restitution: Art 493., in welchen Fällen die Gegner überall antworten können. Perrot S. 273. f.

[18]) Beispiele: C. Civ. Art. 236. C. de Pr. Art. 875, 865. 890. 510. Perrot a. a. O. S. 269. Vergl hierzu im Allgemeinen Schlink § 200. B. 1. S. 407 f., wegen der einzelnen Fälle aber denselben § 236 B. 2 S. 505 f. S, auch noch § 238. I S. 509 ff.

[19]) Vgl. Schlink B. 1. S. 96. Der Friedensrichter mußte die Bezeichnung des Anspruchs so fassen, wie es der Kläger verlangte: Schenk Beiträge zur Reform der Rheinischen bürgerl. Gerichtsordnung S. 37.

gehoben, nachdem sich insbesondere auch Schenk in № II. der „Beiträge zur Reform der Rheinischen bürgerlichen Gerichtsordnung" aus gewiß beachtenswerthen Gründen gegen dieselbe erklärt hatte. Eine Concurrenz des Richters sogar bei der Fassung der Klage ist aber auch sicher in keiner Weise zu billigen und wir können namentlich in dieser Beziehung die bereits erwähnte Erörterung von Schenk[20]) nicht genug zur Beherzigung empfehlen[21]).

VI.

Das Vorverfahren und die Audienz.

Es ist bereits in der Erörterung № V. ausführlich davon die Rede gewesen, daß nach Französischem Recht

---

20) A. a. O. ganz besonders S 41—44.

21) Es möge uns vergönnt sein, ein besonders interessantes Allegat bei Schenk a. a. O. S. 43. in einer schließlichen Anmerkung hieher zu übernehmen: „Prima in unaquaque causa informatio, si paulisper animo iudicis insederit altas radices agit, eumque imbuit et occupat: adeo ut aegre erui possit, nisi aut manifesta aliqua falsitas in materia informationis, aut artificium aliquod in eadem exhibenda, deprehendatur. Etenim nuda et simplex defensio, licet iusta sit et praeponderans, vix praeiudicium informationis primae compensare, aut libram iustitiae, semel propendentem, ad aequilibrium reducere, per se valet. Jtaque et iudici certissimum est, ut nihil, quod ad merita causae spectat, praelibetur, priusquam utraque pars simul audiantur." —

im Gegensatze zu dem gemeinen nnd Preußischen der Rechtsstreit regelmäßig durch eine nicht von dem Richter vermittelte Ladung eröffnet werde [1]).

Der Verklagte hat binnen 8 Tagen einen Anwalt zu bestellen [2]), widrigenfalls der Anwalt des Klägers die Sache sofort zur Generalrolle bringen und schon beim ersten Aufrufe derselben ein Contumacial-Urtheil (jugement par défaut) extrahiren kann [3]).

Bestellt der Verklagte rechtzeitig einen Anwalt, so hat er 14 weitere Tage Frist zur schriftlichen Zustellung seiner Vertheidigungsmittel. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch [4]), so muß er auch dem Kläger noch 8 Tage zur schriftlichen Entgegnung (réponse aux défenses) freilassen, ehe er die Sache auf die Rolle bringen

---

1) Durch den Umstand, daß der Französische Richter bei der Ladung des Verklagten nicht concurrirt, soll es motivirt sein, daß er im Falle der contumacia die Klage nur in soweit für zugestanden erachtet, als sie nicht blos „juste", sondern auch „bien verifieé" (Code de procéd Art. 150. 34. 470. Vgl. Schlink im Commentar B. 2. S. 539.) befnnden wird: Schenk Beiträge zur Revision der Rhein. bürgerl. Gerichtsordnung S. 67. ff. Vgl. beiläufig hierzu Art. 119. 330 ff. und 428, andererseits dagegen auch Art. 252. Entschieden gegen jene Ansicht scheint aber das Verfahren bei den Friedensgerichten: Art. 19. vergl. mit Art. 4. sub. fin. und Art. 6 zu sprechen. Unseres Erachtens ist die Fiction der affirmativen Litis-Contestation im Allgemeinen, wie im Besonderen (Vgl. im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849 S. 274. Note 6.) vorzuziehen, vorausgesetzt, daß die Restitution ohne Schwierigkeit ertheilt wird. Vgl. Stürzer im Archiv für die civil. Praxis B. 8. Nr. 16. Puchta über die bürgerl. Rechtspflege S. 45 ff.

2) Code de procéd. Art. 75. Vgl. Schlink im Commentar B. 2 S. 15.

3) Code de procéd. Art. 149. Ueber die Rollen: Schlink B. 1. S. 236 ff.

4) Vgl. Code de procéd. Art. 77 und 154.

kann [5]), während dem Kläger diese Befugniß bei einer Verzichtleistung auf schriftliches Repliciren ohne Weiteres zugestanden ist [6]).

Nach der Civil-Prozeßordnung konnte es also nicht bloß im summarischen, wo dieses ihr zufolge die Regel ist, sondern auch im ordinären Prozesse vorkommen, daß eine Sache auf die einfache Ladung [7]) hin in die Audienz gebracht wurde und zur contradictorischen Verhandlung gelangte [8]). Es erwies sich aber dieser fast völlige Mangel einer schriftlichen Grundlage sehr bald als unzweckmäßig [9]) und das Decret vom 30. März 1808 schrieb deßhalb vor:

a. daß beim Aufrufen der Sache von der Specialrolle Qualitäten deponirt (und verlesen [10]) werden, demnächst aber ein Tag zum Vortrag bestimmt werden solle [11]).

b. daß sich die Anwälte wenigstens 3 Tage vor dem Plädiren ihre motivirten Anträge zustellen und in keiner Sache eher zum Vortrage gelassen werden sollten, bevor nicht ihre schriftlichen Anträge hinterlegt seien.

Während also die Zustellung der Denkschriften blos facultativ ist, ist die Zustellung motivirter Anträge imperativ [12]) und der Gegner kann die Einlassung auf ein Vorbringen, welches ihm nicht rechtzeitig zugestellt ist, verweigern. Diese Zustellung ist aber 3 Tage vor dem Vortrage noch immer zulässig [13]).

---

5) Code de procéd. Art. 78

6) Code de procéd. Art. 80. Schlink B. 2. S. 22. § 258.

7) Vgl. Mittermaier Beiträge I. S. 116. II. S. 66.

8) Vgl. Code de procéd. Art. 79.

9) Schlink B. 2 S. 24. § 259.

10) Schlink B 1. S. 245. § 134.

11) Mittermaier I. S. 105.

12) Vgl. hierzu Schlink § 135. B. 1 S. 247, auch § 259. B. 2. S. 24 f.

13) Vgl. Schlink a. a. O. §. 258. B. 2. S. 23.

Man hat jedoch auch gegen diese neuere Procedur noch mehrfache Einwendungen erhoben. Zuvörderst will man sich mit der Vorverhandlung unter den Anwälten fast durchgehends nicht befreunden [14]). Sodann findet man die schriftliche Grundlage des Französischen Prozesses auch jetzt noch zu mangelhaft. Es ist aber hiergegen einzuwenden, daß die schriftliche Basis dem Französischen Prozesse sicher nicht in dem Maaße fehlt, wie man gewöhnlich anzunehmen geneigt ist [15]), und es möchte mit Recht bezweifelt werden können, ob nicht auf den Grundlagen, wie sie durch das Decret vom 30. März 1808 gegeben sind, die Eventual-Maxime, dieser große Vorzug des gemeinen Prozesses, vollkommen genügend zu verwirklichen sei.

Die Eventual-Maxime ist aber vor wie nach dem Decret vom 30. März 1808 im Französischen Prozesse nur in sehr beschränktem Maaße vorhanden [16]). Die Anträge wie die Motive sind einer Aenderung, welche kaum die mutatio libelli ausschließt, und einer ziemlich schrankenlosen Erweiterung auch jetzt noch fähig [17]). Nur für gewisse Einreden ist die Ordnung, in welcher sie vorgetragen werden sollen, für die dilatorischen namentlich die gleichzeitige Vorbringung von der Litiscontestation, schon in der Civ.-Pr.-O. vorgeschrieben, während peremtorische

---

14) Vgl. die Citate bei Gerau in Linde's und Marezoll's Zeitschrift, Neue Folge B. 6. S. 250 f., wo unter Bezugnahme auf Mittermaiers Berichte im civil. Archiv behauptet wird, daß keine neuere Gesetzgebung die außergerichtliche Prozeßinstruction durch Anwälte aufgenommen habe. Vgl. auch unten Note 22.

15) Dernburg Abhandlungen S. 323 f.

16) Mittermaier I. S. 97 f.

17) Mittermaier II. S. 69. Dernburg Abhandlungen S. 268 ff.

Einreden in jeder Lage der Sache zulässig sind und jede nicht unzulässige Einrede von der Pflicht, die Hauptsache zu verhandeln, befreit[18]).

Bei der neuen Preußischen Prozeßgesetzgebung hat man, wie bereits an einem früheren Orte bemerkt wurde, vor Allem die Eventual-Maxime ins Auge gefaßt. Es ist daher nicht bloß die ausführliche Klage der A. G. O. beibehalten, sondern auch eine vollständige und erschöpfende Klagebeantwortung vorgeschrieben, an welche sich sofort die mündliche Verhandlung anschließen sollte. Die neuere Verordnung gestattet nach dem Ermessen des Gerichts auch noch eine schriftliche Replik und Duplik und überall ist die Unvollständigkeit mehr oder minder mit dem Verluste des nicht rechtzeitig Vorgebrachten bedroht worden[19]).

Unverkennbar hat man hierbei einerseits vom gemeinen Prozesse den Schriftenwechsel und die strenge Eventual-Maxime, andererseits vom Französischen Prozesse die Mündlichkeit entlehnen, man hat die Vorzüge beider Prozesse mit einander verbinden wollen.

Diese Aufgabe hat aber noch keinesweges eine befriedigende Lösung gefunden.

Schon mit dem Umstande allein, daß es im jetzigen Preußischen Prozesse hauptsächlich nur auf das ankommt, was in den Schriften bereits enthalten ist, daß nur einige Nachträge noch zulässig sind, welche häufig den Stand der Sache nicht wesentlich verändern, schon durch diese Momente ist es gegeben, daß die mündliche Verhandlung hier nicht die volle Bedeutung haben kann, welche ihr im Französischen Recht zuerkannt ist. Die schriftliche Ver-

---

18) Mittermaier II. S. 89. Dernburg S. 273. Vgl. S. 291. 292.

19) Es sind also hier zum Theil die Vorschläge Mittermaiers II. S. 117 f. verwirklicht.

handlung ist ein fait accompli. Von dem dort Gesagten gilt vielfach der Ausspruch des Dichters; „fugit irreparabile verbum!“

Es ist jedoch auf der anderen Seite auch nicht zu verkennen, daß hier, wenn die Eventual-Maxime gerettet werden soll, ein unerläßliches Opfer gebracht werden muß, und insofern können und müssen wir uns mit einem präclusivischen Schriftenwechsel allerdings befreunden.

Bedenklicher ist schon der Umstand, daß das Gericht selbst aus jenen Schriften hauptsächlich den Thatbestand zu schöpfen hat und entschieden verwerflich ist die Art und Weise, wie dieses nach der bestehenden Gesetzgebung geschieht.

Hauptsächlich ist es das Referat in seiner jetzigen Bedeutung, durch welches die mündliche Verhandlung zu einer sehr untergeordneten Prozeßhandlung herabgedrückt wird. Bei der jetzigen Einrichtung ist und bleibt der Schriftenwechsel, wir möchten sagen, die Haupttour, die mündliche Verhandlung aber nur die Nebenroute des Prozeßcurses, der Referent aber ist die wichtigste Person, ist gleichsam der Conducteur desselben, auf den sich die übrigen Betheiligten, wenigstens bei dem Curse durch die Acten, zur Noth so ziemlich verlassen könnten.

Der factische Vortrag wird von dem Referenten — und — worauf ja doch Alles ankommt — vollkommen actengemäß erstattet. Wozu soll es denn nun noch nützen, die factische Sachlage zum zweiten und gar zum dritten Male in den Vorträgen der Parteien oder der Sachwalter anzuhören? Sie sind, soweit sie das bereits Gehörte wiederholen, ein unnützer Zeitverlust, ein nutzloses ermüdendes Wiederkäuen[20]) und nicht selten nur dazu da, „ut

20) Mittermaier Beiträge I. S. 138. Vgl. auch S. 132.

saltem aliquid dixisse videantur." Unbedenklich werden sich aber auch die Parteien oder ihre Vertreter, wenn sie nicht lieber auf die factische Darstellung ganz verzichten, viel leichter, als der Referent nicht bloß Lückenhaftigkeit, sondern auch kleine Abweichungen von dem Inhalte der Acten und eine gewisse Färbung des Thatbestandes zu Schulden kommen lassen, was denn sogar zur Verwirrung und zur Verrückung der bereits genommenen Anschauung führen muß. Der Referent wird hier abermals zu orientiren haben. Das wenige Neue aber, was in facto etwa noch vorkommen möchte, muß von ihm oder dem Vorsitzenden bemerkt und von dem Protokollführer aufgezeichnet werden.

So ist denn wenigstens für die übrigen Mitglieder wohl kaum ein irgend erheblicher Grund vorhanden, um den faktischen Vorträgen eine besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden, ja es möchte sich fast in Frage stellen lassen, ob es nicht nützlicher sei, während derselben schon über den vom Referenten gehörten Thatbestand nachzudenken.

Die mündlichen Rechtsdeductionen aber, bei welchen der Natur der Sache nach ein wissenschaftlicher Apparat nur spärlich verwendet werden kann, müssen bei der jetzigen Einrichtung vielfach ebenfalls fast nutzlos verhallen.

Der Referent hat seine aus der schriftlichen Grundlage bereits fertige Meinung in Petto, von der er sich wohl so leicht nicht wird abbringen lassen. Wenigstens müßte dieselbe, wäre es anders, keine wohlüberlegte und bereits gründlich durchdachte gewesen sein. Die übrigen Mitglieder sind aber auf den Rechtspunkt durchaus nicht vorbereitet, und kämpfen daher der geharnischten Ansicht des Referenten gegenüber vielfach mit ungleichen und unzulänglichen Waffen.

So werden sich denn die Anwälte und wäre es auch verhältnißmäßig nur in wenigen Fällen, doch immer noch zu oft sagen können, daß sie „operam et oleum" verloren, daß sie vergebens gegen die vorgefaßte und bereits vorliegende Ansicht des Referenten gekämpft, dem die ruhige Vorbereitung und Vorarbeit, oder, wie man es scherzhaft wohl ausgedrückt hat, die „exceptio sententiae iamiam conceptae" prävalirend zur Seite stand.

Wir könnten dem Vorstehenden noch weitere Bemerkungen über dasselbe Thema hinzufügen, wir wollen uns aber begnügen, zu dem Gesagten ganz besonders noch auf einen der neuesten Schriftsteller über diese Fragen, auf Dernburg[21]), zu verweisen, bei dem das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung eine ausführliche und treffende Würdigung gefunden hat. Nur das wollen wir noch ausdrücklich hinzufügen, daß wir weit entfernt sind, den Gerichten Mißstände zur Last zu legen, die lediglich durch Anordnungen des Gesetzes verschuldet sind. Nach allem Diesem sind wir aber noch keineswegs gemeint, uns überall im Sinne Dernburg's zu erklären.

Eine völlige Ausschließung des richterlichen Directionsrechts bei der Vorverhandlung finden auch wir nicht gerade wünschenswerth[22]), entschieden aber wünschen wir die schriftliche Vorverhandlung insoweit beibehalten zu sehen, als sie zur Salvation einer strengen Eventual-Maxime erforderlich ist.

---

21) Abhandlungen S. 311—320 S. 302 ff.

22) Gegen die Vorverhandlung unter den Anwälten ist übrigens auch viel Unbegründetes gesagt worden. Gerau in Linde's und Marezoll's Zeitschrift, Neue Folge B. 6. S. 261. rügt die „Zersplitterung der nach den Grundsätzen des

Die Klage, welche ebenso wie die späteren Schriften von einem Anwalt zu legalisiren wäre, könnte nach unserer Meinung auf dem Secretariate hinterlegt, und von diesem mit Frist von 3 Wochen zur Beantwortung mitgetheilt werden. Eine längere Frist hätte der Vorsitzende auf motivirten Antrag zu gestatten. Ginge die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig ein, so wäre die Sache auf Berichterstattung unter Benachrichtigung des Klägers von der Sitzung zu entscheiden. Andernfalls würde dieselbe bei Gericht vorzulegen sein, um zu prüfen, ob wegen etwaiger wahrer Einreden noch eine Replik, so wie demnächst wegen wirklicher Repliken noch eine Duplik zu erfordern, oder die Sache sofort zur mündlichen Verhand-

---

deutschen Prozesses in der Person des Richters vereinigten Thätigkeit unter die avoués, den Huissier, Greffier und Gerichtspräsidenten. Nach seiner Berechnung auf S. 262. kommen bis zur Urtheilszustellung mindestens vor 11 Handlungen des Gerichts und Huissiers und 11 Handlungen der Parteien, zusammen also ganz nach dem gewöhnlichen Verfahren 22 Handlungen, während bei richterlicher Prozeßleitung im schriftlichmündlichen Verfahren vor Collegialgerichten 5—6 richterliche Handlungen und Parteienhandlungen, im Ganzen also 10—11 Handlungen vorkommen." Gerau scheint hiernach die ihm doch wahrscheinlich wohlbekannten Deutschen Gerichts-Secretaire, Registratoren, Rendanten, Cassencuratoren, Kanzlisten, Boten, Journale, Insinuationscontrolen, Sportel-Manuale und wer weiß, was sonst noch Alles, momentan vergessen zu haben. Es möchten sich nach Deutschem Prozesse so ziemlich 10—11 Handlungen zu dem Ende ausrechnen lassen, daß die Klage nur an den Verklagten gelangt. 1. Einlegung, 2. Präsentation, 3. Journalisirung, 4. Ernennung eines Dezernenten, 5. Decret, 6. Kostenansatz, 7. Eintragung der Kosten, 8. Expedition, 9. Abschrift in duplo, 10. doppelte Insinuation, 11. Kosteneinziehung, 12. Notirung derselben, 13. Bescheinigung der Insinuation

lung zu designiren sei. An die Unvollständigkeit der Schriften wären auch ferner strenge Folgen nach Anleitung des §. 14 der Verordnung v. 1. Juni 1833 und §. 8. der Verordnung vom 21. Juli 1846 (cf. §. 12. und 16. der Verordn. vom 21. Juli 1849) zu knüpfen.

In der Audienz, in welcher die Parteien durch ihre Anwälte oder im Beistande derselben erscheinen müßten, würde die Sache beim Nichterscheinen des einen Theils auf Berichterstattung und nach Anhörung des Andern entschieden.

In den Fällen aber, in welchen beide Theile erscheinen, müßte der Bericht des Gerichtsmitgliedes unterbleiben und die Sache auf den Vortrag der Anwälte entschieden werden, die hierbei an die in den Acten enthaltenen Anträge anzuknüpfen hätten. Etwaige nova in facto, wenn sie auch an sich noch zulässig erscheinen möchten, würden zur Vermeidung des mißlichen Protocollirens de scripto zu verlesen und sodann zu den Acten zu übergeben sein. Jeder Partei würde ohne weitere Rechtfertigung die Behauptung zustehen müssen, daß ein Antrag beim Vortrage in unzulässiger Weise geändert oder eine Thatsache nicht rechtzeitig resp. nicht schriftlich vorgebracht sei. Der Gegner würde sodann den Fürbeweis aus den Schriften in continenti zu liefern haben. Die Prozeßschriften hätten demnach nicht mehr den Charakter des Vortrages der Sache bei dem Richter, der wenigstens da, wo beide Theile erscheinen, ganz wesentlich durch die mündliche Verhandlung geschehen würde, sie wären vielmehr hier nur noch das Medium zur Constatirung der rechtzeitigen Verwendung des Streitmaterials. Die Ausarbeitung eines Referats würden wir allerdings überall beibehalten. Es würde jedoch in den zuletzt erwähnten, also den regelmäßigen Fällen nur noch die Bedeutung einer vorläufigen Information der Richter Behufs ihrer Vorbereitung auf

den Rechtspunkt haben müssen, und wir finden es selbst dann, wenn die Berichterstattung in der Sitzung durchweg beibehalten wird, unerläßlich, daß das Referat auch überall in dieser Weise verwendet werde, worauf wir unten mit Mehrerem zurückkommen werden.

Erst nachdem wir uns zu den obigen Vorschlägen, welche wir übrigens als völlig anspruchslose ausdrücklich bezeichnen, im Wesentlichsten bereits bekannt hatten, sind uns Dernburgs Einwendungen[23]) zu Gesicht gekommen und haben uns zu einer weiteren Erwägung veranlaßt. Dieselben fallen aber, zumal wenn man erwägt, daß der Vortrag der Sache durch den Referenten als ein Haupthinderniß der Verschmelzung mit dem westrheinischen Verfahren erscheinen muß, doch wohl zu leicht in die Wagschale, als daß man es nicht wenigstens auf eine versuchsweise Aufgebung desselben sollte ankommen lassen.

Es kann allerdings nicht fehlen, daß in den Denkschriften Zweideutigkeiten, Dunkelheiten, daher Ausdrücke und ganze Sätze vorkommen werden, die verschiedener Interpretationen fähig sind, und daß es daher zweifelhaft werden könne, welche Rechtsmittel geltend gemacht seien. Wir erwiedern jedoch auf diesen ersten Einwand ganz einfach, daß dieses eben so wohl nach dem seitherigen Preußischen Verfahren vorkommen kann und hier keineswegs in der Praxis übel empfunden wird. Wir fügen aber auch hinzu, daß es da, wo die Parteien durch Anwälte vertreten sind, kein Bedenken haben kann, ein Vorbringen, welches unbestimmt zweideutig oder dunkel ist, für dort noch gar nicht angebracht zu erachten.[24])

---

23) Abhandlungen S. 320—322.

24) Vgl. meine Abhandlung im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849. S. 274. Note 6.

Das fernere Bedenken, welches in der Frage, was noch vorgebracht werden könne, gefunden wird, scheint uns mit dem ersteren im Wesentlichen zusammen zu fallen und jedenfalls keine größere Schwierigkeit darzubieten[25]. Steht nur fest, daß etwas noch gar nicht oder doch nicht genügend vorgebracht sei, so ist die Frage nach der jetzigen Zulässigkeit eine einfache Rechtsfrage.

Wir müssen also hiernach bei unseren Vorschlägen bis auf Weiteres stehen bleiben, denen wir nur noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen haben. In schleunigen Fällen so wie in einfachen Schuldsachen würde der Vorsitzende auf den Antrag des Klägers über die Kürzung der Frist (nicht aber über die Zulässigkeit der legalisirten Klage) entscheiden dürfen. Die Verbindung der Klagebeantwortung mit der mündlichen Verhandlung wäre[26] dagegen bei Collegialgerichten nur ganz ausnahmsweise zu verordnen. Daß neben einer abgekürzten Frist zugleich auch schon ein demnächstiger Sitzungstag festgestellt werden dürfe[27], würde für dringliche und ganz einfache Sachen eine sehr zweckmäßige Vorschrift sein, wenn die Partei nicht bloß die Schrift einzureichen, sondern auch für die Insinuation an den Gegner innerhalb der angeordneten Frist selbst zu sorgen hätte.

In Sachen, deren Werth unter 50 Thlr. angegeben wird, die also vor die Einzelrichter gehören, könnte zwar auch die protokollarische Aufnahme der Klage (statt einer

---

25) Daß diese Schwierigkeit nicht von Bedeutung sei, ist in einem Schreiben eines Mannes, auf dessen Ansicht der Verfasser ganz besonderes Gewicht legt, des Obergerichtsraths Denhard, jetzigen Kreisgerichtsdirectors zu Altenkirchen, ausdrücklich hervorgehoben.

26) V. vom 21. Juli 1846 §. 28. V. v. 21. Juli 1849 § 37.

27) Vgl. hierzu § 34 der V. vom 2. Januar 1849.

von einem Anwalt legalisirten), nur nicht die Aufnahme durch den Richter, gestattet werden. Die Frist wird hier gesetzlich auf 14 Tage zu bestimmen sein und es müßte auch hier die Kürzung von dem Richter auf motivirten Antrag geschehen können.

Findet man es aber nach allem Diesem doch noch zu bedenklich, daß das Gericht den Thatbestand vielmehr direkt aus den Vorträgen der Parteien, als zunächst durch das Medium eines Berichterstatters zu erheben und nur da, wo gegen ein angebliches novum protestirt und der Beweis des rechtzeitigen Vorbringens angetreten wird, auf die Akten als auf ein Beweismittel zu recurriren habe, so scheint es doch wenigstens durchaus unerläßlich, daß das Uebergewicht, welches in der jetzigen Stellung des Referenten liegt, neutralisirt werde, und dieses wird schon dadurch herbeigeführt werden, wenn jedes Mitglied frühzeitig wenigstens von dem Inhalte des Referates Kenntniß erhält und ihm dadurch Gelegenheit und Veranlassung geboten wird, sich mit dem Rechtspunkte vorher vertraut zu machen. Das Referat muß so zeitig angefertigt sein, daß es mit den Akten bei sämmtlichen Mitgliedern, welche an der Entscheidung Theil nehmen werden, circuliren könne, und diese müssen gesetzlich die Verpflichtung haben, von dem Inhalte desselben Kenntniß zu nehmen, während die Hinzufügung etwaiger Bemerkungen ihrem Ermessen zu überlassen wäre. Irren wir nicht, so hat eine ähnliche Einrichtung bei einem Untergerichte in Westphalen[28]), und, wie verlautete, mit dem ersichtlichsten Nutzen bestanden.

Ob es übrigens nicht auch angemessen sein würde,

---

[28]) Bei dem Land- und Stadtgericht zu Bochum unter dem Directorium des Justizraths Strohn, jetzigen Ober-Tribunals-Anwalts in Berlin.

den Sachwaltern vor der Sitzung die Einsicht des faktischen schriftlichen Vortrages zu gestatten, wollen wir schließlich, da es jedenfalls von mehr secundärer Bedeutung ist, nur beiläufig in Frage stellen.

VII.

Ueber das Beweisinterlocut und das Productions-Verfahren.

Wenn der gemeinrechtliche Richter beim Abschlusse des s. g. ersten Verfahrens findet, daß es für die eine oder die andere Behauptung der Parteien noch des Nachweises ihrer juristischen Wahrheit bedürfe, so hat er ein Erkenntniß auf Beweis zu erlassen, welches die nachzuweisenden Thatsachen, die Beweislast und die Frist zum Beweise bestimmen muß. Dieses s. g. Beweis-Interlocut ist für die Endentscheidung präjudiciell. Es soll zwar die Definitiv-Entscheidung nur ausnahmsweise in ore [1]), regelmäßig aber soll es sie für beide Fälle, für das Gelingen wie das Mißlingen des Beweises, schon in ventre haben und es ist für den ersten Richter in gleicher Weise wie das Ender-

---

1) V. Linde Lehrbuch des Civilprozesses §. 309 und 320. Bayer Vorträge über den gem. Civilproceß, 7. Aufl. S. 249.

kenntniß unabänderlich.[2]) Aber auch der Appellationsrichter kann dasselbe nur wie einen Endbescheid aufheben. Die Berufung ist an dieselben Bedingungen geknüpft und zur Abwendung der Rechtskraft erforderlich.[3]) Ist nun diese mit dem Ablauf des Fatale oder der Bestätigung in den höheren Instanzen eingetreten, so hat die Antretung des Beweises innerhalb der verordneten Frist zu erfolgen. Bei dieser können sich aber, wie es sehr häufig zu geschehen pflegt, Differenzen über die Zulässigkeit oder Erheblichkeit des producirten Beweises erheben und abermals einen Bescheid, das s. g. Productions-Erkenntniß, herbeiführen, welches demselben Instanzenzuge wie der frühere unterliegt und ebenso wie jener die Rechtskraft beschreiten kann.

Wenn übrigens eine Prozeßsache die zulässigen Rechtszüge nicht blos beim Beweisinterlocut, so wie beim Productions- und Enderkenntnisse, sondern auch noch bei manchen anderen Punkten z. B. einem Cautions- oder Restitutionsstreite durchlaufen kann, so ist es einleuchtend, daß nicht allein dem Beweisverfahren das „Spirat, non exspirat" eines gemeinrechtlichen Prozesses zur Last fällt.

Der Französische Prozeß, welcher ein nicht minder weites Feld für Incidentstreitigkeiten eröffnet[4]) weicht hinsichtlich der Vorschriften über das Beweisinterlocut in mehrfacher Beziehung von dem gemeinen Prozesse ab. Es hängt wie bereits unter Nro. II. dieser Erörterungen bemerkt wurde, mit der strengen Durchführung der Principien, hier insbesondere der Gehörsmaxime, zusammen, daß

---

[2]) Vergl. Schlink im Commentar zur Französischen Civil-Prozeß-Ordnung B. 2. S. 435 f.

[3]) Schmid Handbuch des Civilprocesses Thl. 1 § 87. Thl. 2 § 122. S. 169 f.

[4]) Dernburg Abhandlungen S. 280—293.

der Französische Richter regelmäßig nicht ex officio auf Beweis erkennt. 5) Wenigstens ist dieses die Vorschrift für den Prozeß bei den Tribunalen, bei welchen die Parteien durch Sachwalter vertreten sind. 6) Das „vigilantibus jura“ ist aber den Anwälten gegenüber auch gewiß recht eigentlich an seiner Stelle.

Der Urkundenbeweis soll in der Regel sofort mit der betreffenden Behauptung verbunden werden. Das bloße Erbieten würde wenigstens eine Condemnation in die Kosten zur Folge haben. 7) Der Zeugenbeweis dagegen, welcher bei Weitem nicht überall zulässig ist, 8) muß durch ein Urtheil verordnet werden. 9) Die Frist ist hier gesetzlich bestimmt, und für den betreffenden Anspruch präclusiv,10 während der Beweis durch Urkunden und Eidesdelation zu allen Zeiten zulässig ist, so lange der Richter

---

5) Dernburg a. a. O. S. 282 f. Es würde die Durchführung der rein richterlichen Wirksamkeit in ihrer äußersten Consequenz gewesen sein, wenn man die Partei hinsichtlich der Erhebung des Zeugenbeweises an die Notarien verwiesen hätte, wozu denn jedenfalls gehören würde, daß die zu vernehmenden Zeugen durch das Urtheil bezeichnet wären: Vgl. hierzu Bayer Civilprozeß S. 220. Allg G. O. Thl III. Tit. 7. § 82 und beiläufig Rauter Cours de procédure c. Chap. I. Nro. 79.

6) Code de procédure Art. 254 295. Vergl. Schlink im Commentar zur Franz. Civil-Prozeß-Ordnung § 351 f. B. 2. S. 333 ff. Dernburg Abhandlungen S. 281.

7) Schlink im Commentar § 337. B. 2 S. 280. Dernburg a. a. O. S. 293. Der Art. 65 des Code de procédure verpflichtet den Kläger, Abschrift schon mit der Ladung zuzustellen. Die Praxis behandelt aber diese Vorschrift wie eine lex imperfecta. Vgl. Schlink im Commentar B. 2 S. 19. Mittermaier Beiträge II. S. 139 f.

8) Code civ. Art. 1341 ff.

9) Code de procédure Art. 255.

10) C. de. pr. Art. 256. 257. Vgl. Schlink im Commentar § 351. B. 2 S. 334.

noch nicht entschieden und damit den Raum zur Beweisführung abgeschnitten hat.[11])

Ueber die Beweislast, deren richtige Bestimmung die Abfassung der Beweisinterlocute nach gemeinem Prozesse so sehr erschwert,[12]) enthält der Code de procédure gar keine näheren Bestimmungen.[13]) Sehr wesentlich ist aber in dieser Beziehung die Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches[14]) über die Untrennbarkeit des s. g. qualificirten Geständnisses, eine Vorschrift, die offenbar dazu angethan ist, sehr mißliche Zweifel in Betreff der Beweislast[15]) zu beseitigen.

Das Beweiserkenntniß ist übrigens nach Französischem Prozeß keineswegs für die Endentscheidung präjudiciell. Judici licit ab interlocutorio recedere, oder l' interlocutoire ne lie pas le juge[16]) ist in Frankreich ein anerkanntes Axiom und nur in so weit, als das Erkenntniß einen wirklichen Streitpunkt entscheidet z. B. die Zulässigkeit des Zeugenbeweises, ist die Appellation zur Abwendung der Rechtskraft erforderlich.[17]) Andernfalls ist sie zwar gestattet, sie kann jedoch auch noch im Wege der Appellation gegen das Enderkenntniß erhoben werden.[18])

---

11) Vgl. Dernburg S. 283 f. und 274.

12) Vgl. Schmid Handbuch des Civil-Proz. §. 123. Bd. 2. S. 175 ff.

13) Der Art. 254. sagt nur: le jugement contiendra les facts à prouver. Vgl. Mittermaier, Beiträge II. S. 127.

14) Cod. civ. Art. 1356. Dernburg a. a. O. S. 346—349.

15) Vgl. Schmid a. a. O. B. 2. S. 223 f.

16) Vgl. Mittermaier, Beiträge II. S. 128. III. S. 30 f. Dernburg a. a. O. S. 285 ff.

17) Vgl. Schlink §. 352, 3. Bd. 2. S. 336. § 378 B. 2. S. 435, h. §. 379, 3. B, 2. S. 437.

18) Code de procéd. Art. 451. Vgl. Schlink §. 404, 3.

Bei der im Allgemeinen sehr spärlichen Eventual-Maxime des Französischen Prozesses kann es auch nicht befremden, daß es der Produktion der Zeugen erst nach erlassenem Beweiserkenntnisse bedarf, und vorher das bloße Erbieten des Beweises genügend ist. Erheben sich demnach Differenzen bei der Produktion so geben auch diese zu einem besondern Incidentstreite Veranlassung, der freilich summarisch entschieden werden soll, dabei aber dieselben Instanzen wie die Hauptsache zu durchlaufen vermag [19]).

In Preußen sind die gemeinrechtlichen Beweis-Erkenntnisse schon durch die Gerichts-Ordnung verdrängt worden. Die Parteien sollten ihr zufolge angehalten werden, jede Thatsache sofort mit Beweismitteln zu belegen [20]), es sollte darüber verhandelt und möglichst eine Vereinigung über die Beweisaufnahme herbeigeführt werden. Eventuell hatte zwar das Collegium zu beschließen, es war jedoch diese Bestimmung bloß eine Richtschnur ad interim und nicht maßgebend für die endliche Entscheidung [21]).

Die Novellen von 1833 und 1846 gehen davon aus, daß die Beweisantretung anticipirt werden müsse. Die erste mündliche Verhandlung bietet dazu regelmäßig den letzten Termin; nur die Eidesdelation ist in jeder Lage gestattet.

Der Richter erläßt sodann ein Interlocut, daß diese oder jene Beweismittel aufzunehmen, wodurch denn zugleich die etwaigen Streitpunkte über die Zulässigkeit

---

19) Vgl. Code de proc. Art. 311. Art. 287. Schlink im Commentar B. 2. S. 382. S. 124 f. S. 4 f. 8 f. (d. u. c.)

20) Prozeß-Ordnung Tit. 10. §. 89. Einleitung §. 18.

21) Vgl. Prozeß-Ordn. Tit. 10. §. 43 f. §. 45 ff. Gute Bemerkungen bei Mittermaier Beiträge II. S. 125 f.

der producirten Beweise provisorisch entschieden werden. Gegen dieses Beweis= und Productions=Interlocut ist keine Appellation gestattet.

Eine Beschwerde[22]) kann aber hier zu nichts führen, da die Entscheidung des Oberrichters den Unterrichter bei der Endentscheidung nicht bindet. Sie könnte zwar die Aufnahme eines Beweises oder die Nichtaufnahme herbeiführen. Die Partei hätte aber zu erwarten, daß jene für unerheblich erachtet, und daß sie wegen dieser in der betreffenden Instanz abgewiesen oder verurtheilt würde.

Die Gerichts=Ordnung hat über die Zulässigkeit von Beweisaufnahmen sehr laxe Grundsätze aufgestellt. Es soll „auf ängstliche Bestimmung eines genau und künstlich abgemessenen Beweises" nicht ankommen, „sondern überhaupt nur darauf, ob das vorliegende Faktum zur Aufklärung der Hauptsache wahrscheinlicher Weise etwas beitragen wird[23])." Gründliche Rechtstheorie und reife Beurtheilungskraft sollen dabei zwar vorzüglich angewendet werden; es ist aber, wenn die Partei die Aufnahme eines Beweises verlangt, von besonderer Erheblichkeit, ob dieselbe nicht etwa mit großen Kosten und Weitläuftigkeiten verbunden ist[24]).

Offenbar stehen diese Vorschriften mit der s. g. Inquisitionsmaxime im genauesten Zusammenhange, und wie auch das Urtheil über das Verdrängen dieser Maxime durch die neuen Verordnungen ausfallen möge[25]), so viel

---

22) Eine Beschwerde soll ebenfalls nicht statthaft sein: Vergl. die in den Ergänzungen von Gräff, Koch 2c. zur Allg. Ger. O. S. 78 der 3. Ausgabe, angezogenen Rescripte, ganz besonders aber v. Kirchmann das Preußische Civil=Prozeß=Gesetz vom 21. Juli 1846 §. 79. Nro. 9. S. 198 f.

23) Tit. 10. §. 50.

24) Tit. 10. §. 51

25) Vgl. meinen Aufsatz im Justizministerialblatt de 1849

ist gewiß, daß nach §. 30. der Verordnung vom 1. Juni 1833 nur noch ein Beweis, den das Gericht für „erforderlich" erachtet, auferlegt werden soll, daß also nicht mehr mit der Beweisaufnahme in der Voraussetzung experimentirt werden dürfe, daß dieselbe „zur Aufklärung

---

S. 275 ff. und unten Nro. VIII. — Evelt, für den die „Eventualmaxime nur bei der Verhandlungsmaxime zutrifft" (Die Gerichts-Verfassung und der Civil-Prozeß in Preußen 2. Ausgabe, §. 259. S. 406) und der die erstere als eine nur strengere Verhandlungsmaxime der Untersuchungsmaxime entgegensetzt (§ 90. S. 168 und 170) bemerkt (S. 170), daß die V. vom 1. Juni 1833 „die Eventualmaxime in zweien Punkten angenommen" habe:

„a. für Anbringung von Thatsachen und Einreden, die sich auf Thatsachen gründen, bildet die Klagebeantwortung die regelmäßige Grenze.

b. die Anbringung von Beweismitteln ist bis zur Beweisaufnahme zuläßig."

„Sie folgt dagegen der Untersuchungsmaxime dadurch, daß sie den Zeitpunkt für Angabe der Beweismittel nicht mit dem Zeitraum ad a. schließt." —

Es ist aber hier zunächst nicht zuzugeben, daß die Eventualmaxime nothwendig die Verhandlungsmaxime voraussetze. Der Richter kann ebensowohl in eventum zu inquiriren, als die Parteien in eventum vorzutragen haben. Sodann ist es auch nichts weniger als genau, wenn allgemein gesagt wird, daß die Klagebeantwortung für Thatsachen die regelmäßige Grenze bilde, und insoweit die Eventualmaxime angenommen sei, was keinesweges in dieser Ausdehnung geschehen ist. Wenn aber an einer andern Stelle bemerkt wird, daß eben deßhalb, weil für die Klagebeantwortung die Eventualmaxime adoptirt sei, „der Deputirte doppelte Verpflichtung überkommen, die Sache im Termine erschöpfend zu behandeln" (§. 93. S. 174), so ist doch hier wohl unzweideutig gesagt, daß er neben der Eventualmaxime und eben wegen derselben doppelt eifrig inquiriren solle. Nach S. 175. soll er sich auch wegen der zu b. erwähnten Vorschrift nicht entziehen, den Verklagten schon jetzt „zur vollständigen Angabe seiner Beweismittel anzuhalten."

der Hauptsache wahrscheinlicher Weise etwas beitragen werde.“

Hinsichtlich der Beweislast bestimmt der §. 16. der Einleitung der Allg. Ger.=O.: „Wenn eine erhebliche Thatsache geleugnet wird, so ist zwar vornehmlich derjenige Theil, welcher darauf sich gründet, schuldig, dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden könne.“

Der Richter ist aber nach §. 17. an diese Angabe nicht gebunden, sondern verpflichtet, auch andere Mittel, die die Verhandlungen an die Hand geben, zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden.

Bringt man hierbei die Untersuchungsmaxime in Anschlag nnd ihre Zuthaten („vornehmlich“ nebst dem §. 17.) in Abrechnung, so entscheidet (abgesehen von rechtlichen Vermuthungen) der Grundsatz, daß der Kläger die Klage, der Verklagte die Einrede (den „Einwand“) zu erweisen habe, der auch im Tit. 13. §. (27. u.) 28. ausdrücklich anerkannt ist[26]). Der Verklagte wird also jede Thatsache zu beweisen haben, die nicht ins Gebiet der Inficiatio fällt, vielmehr dem Recht des Klägers als selbstständiger Aufhebungsgrund oder als selbstständiges Recht entgegen tritt[27]).

Sollen wir uns nunmehr für den einen oder den anderen Weg, den die verschiedenen Gesetzgebungen hinsichtlich des Beweisresoluts eingeschlagen haben, erklären, so würden wir uns unter der Voraussetzung, daß auch bei uns, wie nach Französischem Recht[28]), nur zwei In=

---

26) Vergl. Koch im System des Preußischen Privatrechts §. 190 B. 1 S. 333.

27) Vgl. Koch a. a. O § 193 und 195 S. 339 und 341.

28) Mittermaier Beitrag III. S. 14.

stanzen gestattet würden, dafür aussprechen, daß die Appellation gegen das Beweis-Interlocut zwar gestattet werde, aber auch bis zum Enderkenntnisse ausgesetzt bleiben könne[29]). Wir finden es auch keinesweges bedenklich, die dritte Instanz fallen zu lassen, die namentlich da, wo Französisches Recht gilt, unseres Wissens keineswegs zurückverlangt wird[30]). Nur das bliebe wünschenswerth, daß auch der etwaige Productionsstreit in einer und derselben Berufung erledigt werden könnte. Zu dem Ende würde es aber wohl erforderlich sein, die Antretung des Beweises vor Erlassung des Beweisresoluts zu verordnen, wie dieses in der Preußischen Novelle vom 1. Juni 1833 geschehen ist. Daß der Beweis erboten werden müsse, ist, wie bereits mehrfach bemerkt wurde, auch im Französischen Prozeß vorgeschrieben und es ist damit auch nur das Verhandlungsprincip noch strenger als im Deutschen Prozesse durchgeführt. Es liegt aber, wenn man in dieser Durchführung erst so weit gegangen ist, auch nur im Geiste des Deutschen Prozesses, in welchem neben der Verhandlungsmaxime stets die Eventualmaxime erscheint, daß mit dem Erbieten des Beweises zugleich die Angabe der Beweismittel verbunden werden muß, und so ist es in der Preußischen Novelle vom 1. Juni 1833 verordnet.

Die Vorschrift dagegen, daß der Kläger schon in der Klage, der Verklagte in der Klagebeantwortung die

---

29) Val. Mittermaier a. a. O. III. S. 34 f.

30) Vgl. Mittermaier S. 20 f. der übrigens dort die dritte Instanz nur gegen duas conformes nicht zulassen will. (S. 22). Neuere Deutsche Gesetzgebungen haben die dritte Instanz ebenfalls fallen lassen, so der Baierische Entwurf vom 5 Februar 1849 (Mittermaier im civ. Archiv B. 32 S. 254.), ferner der Braunschweigische, auf welchen Mittermaier a. a. O. S. 261 besonders aufmerksam macht.

Beweismittel anzugeben habe, ist in keiner Weise zu rechtfertigen, da von einer Beweisführung doch erst dann die Rede sein kann, wenn das betreffende Faktum wirklich bestritten werden sollte[31]). Sie veranlaßt, wenn sie präjudiciell ist, viele unnütze Weiterungen und Kosten[32]). Wird aber eine solche Anticipation ohne alles Präjudiz vorgeschrieben, so hätten wir eine s. g. lex imperfecta, die schon als solche keine Billigung verdient, weil sie nach dem Belieben der Parteien wie ein guter Rath befolgt werden, oder auch eben so gut unbeachtet bleiben kann.

Nach dem Vorstehenden würden wir es nur billigen können, wenn man hinsichtlich der Beweisantretung die Vorschrift der Novelle vom 1. Juni 1833 in die vom 21. Juli 1849 dahin aufgenommen hätte, daß die Beweismittel spätestens bei der mündlichen Verhandlung und vor Erlassung des Beweisresoluts anzugeben seien[33]).

---

31) Vgl. Mittermaier Beiträge II S. 141.

32) Im gemeinen Processe kann der Kläger den Urkunden-Beweis antizipiren und durch eine wenigstens abschriftliche Production besondere Vortheile, namentlich, wo die Klage lediglich auf Urkunden begründet ist, den schleunigen Exekutiv-Prozeß erlangen. Der § 17 der V. vom 21. Juli 1849 verlangt die sofortige abschriftliche Production der Urkunden (freilich ohne Präjudiz) im Gegensatze zu § 37 und 39 des J. R. A. (cf. § 12 der V.). Der Executiv-Prozeß dagegen existirt nicht mehr: er ist nach § 6 und Abschnitt IV im ordentlichen und Mandatsproceß aufgegangen, was irrthümlich von Kirchhof in der Petition an die I. Kammer betreffend die V. vom 21. Juli 1849 (S. 24) nicht anerkannt wird. Gegen die Zwangsvorschrift des § 17 über die Production der Urkunden: Kirchhof a. a. O. S. 11.

33) Die Bestimmungen der §§ 20—33 der V. v. 21. Juli 1849 werden aber auch durch ihre Lückenhaftigkeit zu be-

VIII.

Zur Rechtfertigung der Verordnungen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 in Bezug auf die Gehörs- und Verhörs-Maxime.

In № 22. des Justiz-Ministerial-Blattes für 1849 haben wir nachzuweisen versucht, daß in der Verordnung vom 1. Juni 1833 das Verhörsprinzip der Preußischen Prozeß-Ordnung noch keinesweges aufgegeben sei, daß es vielmehr in jener Novelle nur eine Beschränkung erfahren habe. Wir stehen mit dieser Ansicht wohl ziemlich vereinzelt da, da gar vielfach die Behauptung gehört wird, daß der allegirten Verordnung die s. g. Verhandlungsmaxime zum Grunde liege. Ist doch davon noch später in dem nichtamtlichen Theil jenes Blattes wie von einer ausgemachten Sache die Rede, und erklärt doch auch

---

denklichen Zweifeln in der Praxis Anlaß geben. Wie ist es zu halten, wenn die schriftliche Angabe der Beweismittel gestattet wird? Soll hierüber auch schriftlich, wie seither verhandelt, oder soll sofort eine Audienz zur Verhandlung und Resolution über die Aufnahme des Beweises angesetzt werden? Kann endlich, wenn schriftliche Erklärung gestattet ist, die Resolution sogar ohne mündliche Verhandlung erlassen werden? U. E. scheint die Analogie des § 31 für die sofortige Anberaumung einer Audienz zu sprechen. Die letzte Frage wäre dadurch schon erledigt, event. liegt wohl die Verneinung schon in dem Geiste des Gesetzes. Der § 32 zu Ende dürfte nicht entgegenstehen, da er wohl nur von dem Falle handelt, wo die Frist fruchtlos verstreicht, die Sache also ganz in derselben Lage geblieben ist.

In § 30 ist das Wörtchen „erst" aus § 35 der V. v. 1. Juni 1833 zu ergänzen. Vgl. oben S. 30. Note 12.

Heffter in seinem System des Civilprozeßrechts (§. 27.) es sei in der gedachten Verordnung

„ein so schleuniges und concises Verfahren eingeführt, daß darin nur eine Rückkehr zu der reinen Verhandlungsmethode erblickt werden könne.“

Wir unseres Orts vermögen uns aber auf bloße Behauptungen hin von der Unrichtigkeit der in der № 22. entwickelten Ansicht nicht zu überzeugen, so wenig wir auch das Gewicht der Autorität verkennen, welches anderseits mit in die Wagschale fällt [1]). Ein irgend befriedigender Fürbeweis ist wohl bis jetzt noch nicht geführt [2]), inwiefern aber der von uns unternommene Gegenbeweis für verfehlt zu erachten sei, muß einer näher eingehenden Prüfung der Sachkundigen anheimgestellt bleiben. Wir finden uns demnach für jetzt nur veranlaßt, in dem Nachstehenden noch einen Gesichtspunkt zu entwickeln, der zu Gunsten der von uns vertretenen Ansicht nicht eben leicht ins Gewicht fallen und derselben vielleicht schon a priori einige Geneigtheit zuwenden möchte.

---

1) Daß wir die Prämisse bei Heffter insoweit vollkommen gelten lassen, als sie besagt, es sei durch die V. vom 1. Juni 1833 ein „schleuniges und concises Verfahren eingeführt,“ bedarf kaum einer besonderen Bemerkung. Sehr bemerkenswerth ist übrigens der Ausspruch von Götze über „das Preußische Civilprozeßgesetz vom 21. Juli 1846“, welcher dahin geht, daß „mit ihm der Hauptgrundsatz der Gerichtsordnung, die Untersuchungsmaxime, nun definitiv fällt.“ (Götze a. a. O. S. 27).

2) Auch nicht von v. Kirchmann, das Preußische Civil-Prozeß-Gesetz vom 21. Juli 1846 § 25 S. 52 f. Vgl. denselben § 31 S. 63 über den Art. 335 des Schering'schen Werkes, auf welches wir in Nro. 22 des Justiz-Ministerial-Blattes durch eine Bemerkung der Redaction verwiesen werden.

Wir gedenken nämlich den Nachweis zu versuchen, daß das Verfahren der Gesetzgebung größere Anerkennung verdiene, daß es umsichtiger und rücksichtsvoller gewesen sei, wenn sie nicht schon in der Verordnung vom 1. Juni 1833 die Gehörsmaxime zur Richtschnur nahm. Diejenigen, welche annehmen, daß dieses wirklich geschehen sei, lassen die Gesetzgebung mit einem „fiat iustitia!“ von einem Extrem zum anderen übergehen. Sie verkennen oder übersehen die Rücksichten, welche sie bei einer so wichtigen Neuerung zu nehmen hatte und denen sie nach unserer Ansicht auch wirklich Rechnung getragen hat. Die Parteien waren unbestreitbar, so lange die Inquisitionsmethode in unzweifelhafter Geltung war, an den Beistand des Richters gewiesen. Sie wußten, daß ihnen, wenn sie auch mit keinem Anwalt versehen waren, doch das s. g. nobile officium iudicis vorsorglich zur Seite stand, daß der Richter sie auf ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel aufmerksam machen und zur zweckmäßigsten Verwendung derselben mit Umsicht und Sachkunde anleiten werde. Nach der Gehörsmaxime ist dieses bei Weitem anders und das dem Richter zugewiesene Patrocinium in die engsten Grenzen beschlossen. Die Partei hat selbst und ohne allen Beistand des Gerichts das Streitmaterial, welches sie verwenden will, zu beschaffen. Dem Richter liegt nur ob, ihr hierzu freien Raum zu geben, und etwa höchstens noch, für die Aufhellung des wirklich Vorgebrachten thätig zu sein. Der Gesetzgeber konnte es nun gewiß mit vollem Recht bedenklich finden, das an die Bevormundung des Richters gewöhnte Publikum mit einem Male der vereinigten Strenge der Verhandlungs- und Eventualmaxime preiszugeben. Es konnte ihm dieses füglich als ein Rigor erscheinen, welcher den Forderungen der Aequitas durchaus nicht genügende Rechnung trage. Das Rechte ist nur dann das Rechte, wenn es auch zur

rechten Zeit und am rechten Orte erscheint, und nach solchen Rücksichten wurde unseres Erachtens nicht bloß bei der Verordnung vom 1. Juni 1833, sondern auch noch bei der vom 21. Juli 1846 mit weiser Schonung und Mäßigung verfahren.

In der ersten Verordnung wurde der Partei das Patrocinium des Richters noch keinesweges entzogen. Es wurde dasselbe nicht sowohl dem Wesen, als vielmehr der Dauer nach durch Einführung einer strengen Eventualmaxime beschränkt. Bei der Klage und Klagebeantwortung sollte sich der Richter der Partei auch ferner noch in der bisherigen Weise annehmen, da diese überall nicht außer Geltung gesetzt ist (cf. §. 74.) und selbst bei der mündlichen Verhandlung ist das Princip der Gerichtsordnung wohl nur dadurch verschränkt, daß ein verspätetes Vorbringen nicht wider den Willen des Gegners zur „Erörterung“ gezogen werden darf. Die Partei wußte demnach, daß sie insoweit noch keinesweges verlassen war, und lediglich selbst für sich einzutreten habe; sie wußte aber auch, daß Alles, was in diesen Stadien nicht mit Hülfe des Richters vorgebracht wurde, abgesehen von gewissen Ausnahmen, wenigstens für die Instanz unrettbar verloren ging (§. 35). Es war ihr damit ein gewichtiges Memento, ein nachdrücklicher Impuls gegeben, sich nicht mehr schlechthin auf den Beistand des Richters zu verlassen, sondern für die rechtzeitige Beschaffung des Streitapparats schon vorsorglich thätig zu sein.

Das Verfahren nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 war noch nicht der Prozeß der Gehörsmaxime, noch nicht die reine Selbstthätigkeit der Parteien, es war nur die Vorschule, in welcher dieselben nachgerade für eine größere Strenge reif gemacht, und, wenn man so will, erst erzogen wurden. Der Prozeß sollte noch nicht auf ein anderes Grundprincip gebaut, er sollte nur, wie wir

dieses bereits früher angedeutet, eine namentlich für Sachen von geringerem Belange so wünschenswerthe „Abkürzung“ erleiden.

Würdigt man das hier Vorgetragene, so wird man kaum noch geneigt sein, in der V. vom 1. Juni 1833 schon die Gehörsmaxime finden zu wollen, und man wird es auch sicher sehr begreiflich und gerechtfertigt finden, daß die spätere V. der ersteren nicht schon alsbald gefolgt ist, vielmehr noch viele Jahre — bis zum 21. Juli 1846 — auf sich hat warten lassen.

In dieser neueren V. ist man allerdings erheblich weiter und entschieden zur Gehörsmaxime übergegangen. Doch hat man diese aus ähnlichen Rücksichten, wie sie früher obgewaltet, noch keinesweges durchgreifend, vielmehr nur insoweit eingeführt, als die Partei mit einem Anwalt versehen ist. Im entgegengesetzten Falle ist auch jetzt noch nach der Verhörsmethode zu verfahren, und wir haben bereits früher bemerkt, daß dieses keinesweges aller Rechtfertigung entbehre. Es mag aber hierfür auch noch ein Ausspruch Heffters abgerufen werden, welcher in §. 3. seines Systems (wenn auch keinesweges mit Rücksicht auf die V. vom 21. Juli 1846) bemerkt:

> „Jede Einmischung des Richters in dieses gleiche, kriegerische Verhältniß (der Parteien), so weit sie nicht formelle Erleichterung des Prozeßganges ist, oder offenbare Ungleichheit in der Stellung der beiderseitigen Theile ausgleicht, muß als unrechtmäßig erscheinen.“

Die Inquisitionsmaxime, welche zu Gunsten der Partei, die keinen Anwalt hat, bestehen bleibt, gleicht nun aber eine wirkliche Ungleichheit aus und ist insofern gewiß nicht unrechtmäßig zu nennen [3]), ja wir sind sogar

3) Vergl. ganz besonders Allg. Ger.-O. Thl. III. Tit. 3. § 29 und 30.

der Meinung, daß selbst in einem Codex der reinsten Gehörsmaxime da, wo der Beistand des Anwalts mangelt, das officium iudicis einen freieren Spielraum haben müsse [4]).

Dagegen können wir ein Gesetz, welches, je nachdem eine Partei mit oder ohne Anwalt verhandelt, ein ganz verschiedenes Princip befolgt, so sehr wir es auch vorübergehend zweckmäßig finden, noch keineswegs für ein schon vollendetes erklären, und auch die V. vom 21. Juli 1846 nur als ein ferneres Stadium der Vorschule zur reinen Gehörsmaxime betrachten [5]).

Damit ist denn bereits gegeben, daß wir auch diese neueste Verordnung nur als ein provisorisches Gesetz nicht bloß der Form, sondern auch dem Wesentlichen nach betrachten können. Sie thut nur einen Schritt weiter zum Ziele und der letzte Schritt muß noch geschehen, wenn nicht etwa das Princip selbst wieder aufgegeben werden soll, woran bei dem heutigen Stande der Wissenschaft gewiß nicht zu denken ist. Nur wenn die Gehörsmaxime durchgreifendes Prinzip geworden ist, hat die Gesetzgebung ihre Aufgabe erfüllt, und erst dann, wenn das Prozeßgesetz auf einer und derselben Grundlage ruht, wird es gelingen, den auch jetzt noch so "oft vermißten Zusammenhang zwischen der Wissenschaft und

---

4) Vergl. Code de procédure Art. 34 mit Art. 254 (oben Nro. II Note 21.) Der erste Artikel geht aber doch nicht weiter, als der gemeine Prozeß.

5) Vergl. auch Götze, das preußische Civilprozeßgesetz v. 21. Juli 1846. S. 30. 31 u. f. Auch er erkennt es an, daß man sich noch bei einem „einstweilen" (S. 30). wenn man wolle, in einem „Provisorium" (S. 31) befinde. Nur weicht er ab, indem er S. 27 im Hinblick auf die neuere V. behauptet:

„Die Verhandlungsmaxime wird damit durchgreifender Grundsatz des Preußischen Prozesses".

der Praxis wiederherzustellen.“ [6]) Erst dann wird es möglich werden, die reichen Schätze der gemeinrechtlichen Prozeßwissenschaft für den Preußischen Prozeß recht nutzbar und ergiebig zu machen, [7]) und es wird nicht mehr davon die Rede sein, daß es in Ermangelung ausreichender Bestimmungen nöthig sei, auf die Prozeßordnung, als die ursprüngliche Quelle unseres Prozeßverfahrens zurückzugehen, was trotz aller Kautelen schwerlich zu gedeihlichen Resultaten führen kann. [8])

Noch einmal, der schonende Gang, welchen der Gesetzgeber eingeschlagen hat, verdient alle Anerkennung, aber es bleibt noch ein Schritt zu thun übrig, wenn anders das Gerüst des neuen Gebäudes vollständig und in rechter Harmonie hergestellt werden soll, ohne daß wir hierbei an dasjenige, was wir, ebenfalls bildlich, die Füllungen nennen möchten (an die Vorschriften über deu Werth und die Aufnahme der Beweismittel u. s. w.) zu denken hätten.

Nur mit dem sogenannten und deshalb nicht überall zum besten accreditirten Advokatenzwang wird es aber thunlich werden, die Gehörsmaxime rein und vollständig durchzuführen, zumal bei dem Schriftenwechsel nach der Verordnung vom 21. Juli 1846 für das Einwirken des

---

[6]) Königliche Worte in dem Allerhöchsten Erlaß vom 28. Februar 1842, Justiz-Ministerialblatt von 1842 Nro. 21 S. 182

[7]) Vergleiche Götze, das Gesetz vom 21. Juli 1846 S. 5 und besonders S. 23.

[8]) Es ist schon mißlich genug, wenn für den gemeinen Prozeß aus Römischen, Canonischen und Deutschen Quellen geschöpft werden muß. (Vergl. oben Nro. I.) Und doch ist dort eine solche Verschiedenheit e diametro, wie sie zwischen dem Codex der Inquisitions- und dem Codex der reinen Gehörsmaxime besteht, überall nicht vorhanden.

Richters auf die Deutlichkeit oder das Erschöpfende der Vorträge keineswegs auch nur insoweit Raum bleibt, als es nach dem gemeinen Prozeß unbestritten der Fall ist. Der übel berufene „Advokatenzwang“ wird aber, abgesehen von den geringfügigen Sachen, bei welchen auch wir demselben keineswegs das Wort reden, mindestens viel von jener Eigenschaft verlieren, wenn man nur die treffenden Bemerkungen lesen und beherzigen will, welche hierüber von Schenk in seinen Beiträgen zur Revision der Rheinischen Prozeßordnung (№ I. S. 1—33.) niedergelegt sind, einer Schrift, die überhaupt einen weiteren Lesekreis verdiente, als ihr unseres Wissens zu Theil geworden ist.

Ueber die Bedeutung der causa civilis und causa debendi sowie der strengen und der freien Vertragsnatur für das heutige gemeine Deutsche Recht. Nebst einem vergleichenden Ueberblick über das Preußische Recht.

Schüler: „Doch ein Begriff muß bei dem Worte sein."

Es ist zur Genüge bekannt, daß nach Römischem Recht nicht jede Uebereinkunft als solche ohne Weiteres volle rechtliche Wirkungen hervorbrachte, mochten dieselben auch noch so sehr in der Absicht der Parteien gelegen haben. Zwar verläugneten auch die Römer die Forderungen der bona fides keinesweges. Auch sie waren der Ansicht, daß ein Wortbruch nicht zu billigeu sei:

„grave est fidem fallere,"[1])

heißt es in L. 1. pr. D. de pec. const. (13, 5).

Nicht minder erkannten sie für die Grundlage und als das Wesentlichste aller Verträge den übereinstimmenden Willen, den duorum vel plurium in idem placitum consensus, und vielleicht wurde auch in frühester Zeit das bloße und einfache Versprechen eines Gegenstandes oder einer Summe an sich und materiell für vollkommen

---

1) Es ist gewiß beachtenswerth, daß dieser Ausspruch bei Gelegenheit des Constituts, also der durch ein wiederholtes Versprechen bekräftigten Schuldverpflichtung vorkommt.

verpflichtend erachtet und nur mit Rücksicht auf die Strenge des altrömischen Schuldrechts [2]) ein besonderes formelles Gepräge erfordert, wodurch es verbürgt werden sollte, daß die Absicht des Paciscenten auch wirklich und wohl überlegt auf Uebernahme jener strengen Folgen gerichtet war. Mit der Zeit kam man aber von der Strenge des Buchstabens und des starren Formalismus mehr und mehr zurück. Man fing an, nachgerade vorzugsweise den materiellen Entstehungsgrund ins Auge zu fassen, und es wurden gewisse, nur materiell besonders geeigenschaftete Abreden, die benannten Consensual-Verträge auf den Grund eines festen Herkommens auch ohne besondere formelle Einkleidung [3]) für rechtlich vollwirksam angenommen. Daneben fand der allgemeine Grundsatz Anerkennung, daß Jeder zur Erstattung oder Rückgabe dessen gehalten sei, was er gegen die Verpflichtung hierzu wirklich empfangen habe und daß die Annahme einer Leistung, insbesondere eines dare, auch zu der übernommenen Gegenleistung vollkommen verbindlich mache. Im Uebrigen blieb, soweit nicht auch andere specielle Vorträge schon durch Civil- oder prätorisches Recht speciell für klagbar erklärt wurden, die strenge Form noch immer das allgemeine Mittel, um auch jede andere Uebereinkunft zu einer vollständig wirksamen Obligation zu erheben. Das einfache, blos den Gegenstand bezeichnende Versprechen konnte durch Anwendung der Stipulation zu einem vollständig verpflichtenden Vertrage gestaltet werden.

Allmählich machte sich aber die Rücksicht auf einen besonderen materiellen Verpflichtungsgrund neben der streng formellen causa auch insofern geltend, daß diese

---

2) Walter, Röm. Rechtsgeschichte §. 715. 718. 719.

3) Vergl. hierzu auch Walter a. a. O. §. 564. mit Note 6.

nicht blos beziehungsweise entbehrlich, vielmehr auch für sich allein nicht mehr für unbedingt entscheidend erachtet wurde.

Zwar erzeugte ein in die strenge Form gekleidetes einfaches Versprechen auch jetzt noch eine an sich begründete und erfolgreiche Klage. Doch konnte der Mangel eines besonderen materiellen Verpflichtungsgrundes wenigstens im Wege der Einrede gerügt, und die Vollwirksamkeit der Form durch Begründung der exceptio doli mindestens hinterher gebrochen werden,[4] während ein solches auch formell nacktes Versprechen weder eine Klage, noch auch nur eine Einrede, eine obligatio naturalis, begründete, wie insbesondere aus L. 56. D. 2, 14: si justa causa conventionis fuerit, zu schließen ist. Die strenge Form war also ohne das Vorhandensein des materiellen Elementes nicht mehr vollständige causa debendi, wenn sie auch schon für sich noch immer die einstweilige Klagbarkeit begründete. [Der bloße Schuldschein, dessen Ausstellung zwei Jahre zurück datirt, kann aber mit jener strengen Form noch keinesweges gleichgestellt werden, da hier die Angabe des Verpflichtungsgrundes zur Fundirung der Klage erfordert wird.[5]]

Unter den Verträgen, welche nach dem Obigen eine vollständige Anerkennung im Civil-Recht gefunden hatten, waren nun wieder einzelne, welche auf Treue und Glauben standen, während andere nach strictum jus beurtheilt wurden. Ergänzend traten neben diese beiden Klassen die arbitria, sämmtlich besondere Vertragsverhältnisse, welche der Prätor mit einer Klage versehen hatte, und bei welchen, wie bei den contractus bonae fidei ebenfalls das billige Ermessen des Richters wirksam einschreiten durfte

---

4) Vgl. Sintenis Civilrecht B. 2. S. 257. 260 u. 262 in den Noten.

5) Sintenis a. a. O. S. 259.

und sollte. Auch diese Verschiedenheit war von besonders wichtigen Folgen [6]). Dahin gehört namentlich, daß bei den Verträgen, welche nicht stricti iuris waren, eine Verpflichtung zur Herausgabe der Accessionen und zur Verzinsung bei gewissenlosem Verzuge begründet war und daß hier Nebenverträge, die in continenti hinzugefügt wurden, keiner Vermittelung ihrer vollständigen Wirksamkeit durch Anwendung der strengen Form bedurften. Auch stand, wenn das Rechtsgeschäft nicht stricti iuris, der Anspruch aber auf ein restituere oder exhibere gerichtet war, bei verweigerter Herausgabe, dem Kläger ohne Weiteres das Recht zu, sein Interesse durch das iuramentum in litem selbst zu würdigen [7]).

---

[6]) Vergl. Unterholzner, Schuldverhältnisse B. 1. S. 305. 307. und S. 86 f.

[7]) Nach v. Savigny zerfallen alle Klagen in strenge (iudicia) und freie (arbitria). Dieser Gegensatz erscheint aber innerhalb des civilrechtlichen Vertragsgebietes als actiones stricti iuris und bonae fidei, denen dann noch prätorische Vertragsklagen als arbitria hinzutreten (System des R. R. B. 5. S. 101 ff. besonders S. 106.). Dagegen haben die actiones arbitrariae mit jener Eintheilung der Klagen und Verträge in strenge und freie nichts gemein (a. a. O. S. 120 ff.). Sie beziehen sich vielmehr auf Rechtsverhältnisse, bei welchen der Anspruch auf restituere oder exhibere gerichtet ist (S. 126 ff.), wobei denn freilich die actio de eo quod certo loco Schwierigkeiten macht, deren Beseitigung v. Savigny (S. 132 f.) gewiß nicht ohne scheinbaren Erfolg unternommen hat. Findet nun ein solcher Anspruch auf restituere oder exhibere statt und ist die Klage zugleich bonae fidei oder ein arbitrium (S. 121.), so tritt wegen verweigerter Herausgabe, zu welcher der arbiter zunächst aufforderte, das Recht des Klägers zum iuramentum in litem ein (S. 123 f.), während bei andern Klagen jener Eid nur in subsidium, in Ermangelung anderer Beweismittel statthaft war (S. 124 Note e).

Unterholzner (Schuldverh. B. 1. S. 8. u. 305 ff.) stellt neben die actiones bonae fidei und die actiones

Wie aber die Römer auf der einen Seite den Grundsatz hatten, daß nicht jedes Versprechen nach dem Inhalte der Erklärung ohne Weiteres verpflichte, so konnte auf der andern auch die einmal wirksam begründete Verpflichtung regelmäßig nicht ohne Weiteres durch bloße Einigung mit voller Wirkung gelöst werden. Ja es war hierzu nicht einmal die strenge Form der Verbal- oder Literal-Obligation überall ohne Weiteres anwendbar, da die Regel galt: „quibus modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur."

(L. 35. L. 153. D. de R. J.)

Vielmehr mußte hier ein anderweitiger Vertrag erst in eine jener strengen Formen umgegossen werden, und erst dann war die entsprechende als modus solvendi anwendbar. Nur die Consensual-Verträge, welche in Folge alten Herkommens ohne besondere formelle Vermittelung klagbar waren, unterlagen auch der Lösung durch bloßen Consens, so lange noch keine Erfüllung Statt gefunden hatte. Freilich aber erwies sich auch in anderen Fällen der contrarius consensus nicht gerade als unwirksam: der Schuldner konnte sich per exceptionem schützen, wenn er auch ipso iure gebunden blieb.

Mit Recht wird aber, wie bereits oben angedeutet wurde, auch diese minder vollständige Wirksamkeit nicht ihrem ganzen Wesen nach auf das einfache Versprechen

---

stricti iuris im strengeren Sinne die arbitrariae als eine zur Ergänzung jener Eintheilung gehörige Klasse, und bekämpft die Ansicht, daß das iuramentum in litem in der angeführten Weise beschränkt gewesen, weil es z. B. in L. 5. pr. D. 12, 3. allgemein heißt: . . . „in bonae fidei iudiciis in litem iuratur" (S. B. 1. S. 257 Note c. 258 Note a. 259 Note b. vergl. mit S. 259 Note c.). Für v. Savigny's Ansicht erklärt sich im Wesentlichsten auch Sintenis Civilrecht B. 1. S. 273. 274 Note 45.

zurückgeführt, vielmehr auch hier eine besondere materielle Grundlage (meist wohl die Absicht zu schenken) vorausgesetzt:

Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1. S. 13. 478 ff. namentlich 481. — —

In dieser Lage nun befand sich das Römische Recht, als dessen Reception in Deutschland allmälig verwirklicht wurde.

Die Deutsche Rechtsansicht von der Vollwirksamkeit der Verträge war aber anfänglich und auch damals noch eine von der Römischen sehr wesentlich verschiedene. Denn hier bildete umgekehrt die Klagbarkeit aller Verträge, die Vollwirksamkeit jedes einfachen Versprechens die Regel; der Mangel derselben erscheint im Deutschen Recht als die Ausnahme. Ebenso fremd als der Unterschied zwischen Verträgen, die durch eine Klage und denen, die nur per exceptionem oder endlich wegen gänzlich mangelnder causa in keiner Weise geltend gemacht werden konnten, war dem Deutschen Rechte auch der fernere Unterschied zwischen contractus stricti iuris und freien Verträgen und es wird weiterhin zu untersuchen sein, welches Resultat das Zusammenstoßen der Römischen Rechtsprincipien mit ihrer in der Deutschen Rechtsanschauung gelegenen Negation ins Leben gerufen und welche Principien als die siegreichen zu betrachten seien. Es kann aber, um dieses vorab zu bemerken, wenigstens nicht genügend erwiesen werden, daß die Ansicht des Deutschen Rechts, der zufolge jeder Vertrag als solcher vollständig verpflichtete, auch dem Canonischen Rechte in gleichem Maaße eigenthümlich sei.

In den für eine solche Uebereinstimmung angeführten Stellen

c. 1. und 3. X. de pactis

findet sich jene Ansicht wenigstens nicht bestimmt genug

ausgeprägt, wenn die erstere zu der dort vorgetragenen Streitigkeit die Entscheidung giebt: Pax servetur, pacta custodiantur (Glück B. 4. S. 282.), die letztere aber den Ausspruch enthält: studiose agendum est, ut ea, quae promittantur, opere compleantur.

Vergl. Voet ad Pand. II. 14. §. 9. Eichhorn Rechtsgeschichte §. 376.

Wie dem aber auch sein möge, das Deutsche Princip, wofür man sich schon auf Tacitus Germania c. 24. beruft, liegt klar und unleugbar in der Bestimmung des Sachsenspiegels I, 7. zu Tage:

„Swer icht borget oder gelobt, der sal iz gelden und was her tut, daz sal he stete halden."

Wernher in den Observatt. I, 2. 380. führt diese Verschiedenheit bei den Römern und Germanen darauf zurück,

„quod illi libertatem loquendi agendique, hi fidei dictorumque constantiam magis spectarent."

Freilich wohl findet sich auch in Deutschland die Rechtsansicht ausgesprochen: „Niemand sei seines Wortes Sclave."

Danz zu Runde B. 2. S. 157.

Ein solches Rechtssprichwort kann aber, abgesehen davon, daß sich ihm ein bei Weitem mehr verbreitetes („ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann") entgegen setzen läßt (Danz S. 151. Glück Pand. B. 4. S. 283) neben dem in dem Sachsenspiegel niedergelegten Princip und der so allgemeinen Anerkennung, welche dasselbe gefunden hat, nicht von Gewicht sein. Das Princip ist, wie bemerkt, außer allem Zweifel und lebt noch heute in den Ansichten des rechtsunerfahrenen (?) Theils des Volkes in weitverbreiteter Anerkennung fort und fort. Nur das fragt sich, wie sich dasselbe zu dem heutigen Recht verhalte, eine Frage, die in der Regel mit unsicheren und

schwankenden Erklärungen für die Klagbarkeit jedes „erlaubten und an sich“ oder „nach allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen gültigen Vertrages“ beantwortet wird.

(Mühlenbruch Pand. §. 342. Mackeldey Röm. Recht §. 363.)

Selbst Unterholzner, der doch eine Berücksichtigung der heutigen Anwendbarkeit des Römischen Schuldrechts verspricht, ist diesem Versprechen, was die vorliegende Frage betrifft, nichts weniger als genügend nachgekommen. Versteht man nun mit

v. Savigny (System des Römischen Rechts B. 3. S. 309.)

unter Vertrag „die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willens-Erklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden,“ oder eigentlicher: bestimmt werden sollen, da schon wegen besonderer Mängel in concreto nicht jede solche Vereinbarung den beabsichtigten rechtlichen Erfolg auch wirklich ins Leben ruft, so läßt sich keineswegs behaupten, daß heut zu Tage (auch abgesehen von hinzutretenden besonderen Mängeln) die angegebenen Requisite mit denen eines klagbaren Vertrages vollkommen zusammenfallen. Insbesondere ist auch aus der Reformation Friedrich III. von 1442 [8]) weder dieses, noch

---

[8]) §. 2. „Item ob jemand zum andern kündliche und unleugbare Schuld hätte, hätte dann der Schuldforderer Bürgen oder Brieff, so möcht er seine Schuld fordern und einbringen, nach laut und sag solcher seiner Brieff und als ihm versprochen ist, zu bezahlen.“ Es handelt sich hier, wie das Folgende ergiebt, nicht um die Rechtsbeständigkeit der Geschäfte, sondern, diese vorausgesetzt, um die ungesäumte Realisirung des kundlich und unleugbar Versprochenen.

Vergl. Eichhorn Rechtsgeschichte §. 463.

Allerdings herrschte hiernach in Deutschland die Ansicht, daß durch Verbriefung, besonders durch „Brief und Sie-

auch, daß wenigstens durch „Bürgen oder Brief“ jedes Versprechen rechtlichen Inhalts ohne Weiteres zu einem klagbaren werde, mit Grund zu folgern. Es wird vielmehr auch heut zu Tage nicht bloß „der Wille, der auf ein Rechtsverhältniß als Zweck gerichtet ist,“

(v. Savigny B. 3. S. 308.)

sondern auch außerdem wenigstens noch eine materielle causa, ein besonderer Rechtsgrund wie nach Röm. Recht

(vergl. z. B. L. 2. §. 3. D. 44, 4. L, 1. §. 6. D. 13, 5.)

erfordert. Die Vereinbarung muß auch jetzt noch nicht bloß auf einen Erfolg von rechtlicher Natur gerichtet, sondern auch auf einen besonderen Rechtsgrund, durch welchen derselbe vermittelt werden kann, gestützt sein [9]) und nur der Unterschied, wonach gewisse Rechtsgründe nach R. Recht nur eine obligatio naturalis, eine Einrede, nicht aber auch eine obligatio civilis, eine Klage, hervorbrachten, ist für vollständig antiquirt zu halten. Es genügt also nicht, wenn z. B. die Contrahenten sich darüber einverstanden erklären, daß das Eigenthum oder das Recht des Einen dem Andern abgetreten, oder daß Dieser Jenem zu einer Handlung oder Leistung verpflichtet werden solle. Sie müssen auch über die besondere Basis, auf welcher

---

gel“ eine besondere Wirksamkeit der Verträge herbeigeführt werde. Doch bezog sich dieses nur auf die Procedur. (Vergl. noch Heffter System des Civil-Proz. §. 410.)

Man erinnert sich hierbei an Faust's Ausspruch:
„Allein ein Pergament, beschrieben und beprägt,
Ist ein Gespenst, vor dem sich Alle scheuen.“ —

9) Der allgemeine rechtliche Zweck der Schuldverträge ist auf Begründung eines Schuldverhältnisses, also auf Verbindlichmachung gerichtet. Die besonderen rechtlichen Zwecke sind so vielfach, als überhaupt die besonderen Zwecke der Rechtsveränderungen zu sein pflegen, bemerkt Unterholzner, Schuldverh. B. 1. S. 67.

dieser Erfolg vor sich gehen soll, einverstanden, der Vertrag darf wie nach Röm. Recht nicht sine causa sein. Freilich wird als solche vielfach Schenkung anzunehmen sein, wenn sie auch nicht gerade als causa genannt wäre[10]).

Wir finden es nun auch keineswegs recht passend, wenn

Unterholzner Schuldverhältnisse B. 1. S. 67 ff.

diese besondere causa durch „Rechtszweck" bezeichnet, da dieses mehr auf den Erfolg deutet, und hier doch gerade die Vermittelung desselben recht eigentlich in Frage ist. Die Bezeichnung „Rechtsgrund" möchte für eine solche causa bei Weitem entsprechender gefunden werden. Rücksichtlich dieser besonderen Rechtsgründe lassen sich nun bei Weitem die meisten Verträge auf einen umfassenderen Gesichtspunkt zurückführen, in welchem sie mit andern speciell anerkannten ihre höhere Einheit und Vereinigung finden. Ueberall nämlich, wo ob rem (nicht bloß gegeben, sondern) auch nur versprochen wird, wo ein συναλλαγμα vorliegt, ist mit dieser Wechselseitigkeit der Verpflichtung ohne Weiteres ein Rechtsgrund gegeben.

L. 7. § 2. D. 2, 14.

Außer diesem besonderen Rechtsgrunde von weit verbreiteter Anwendung giebt es nun aber noch gar manche

---

10) Glück Pand. B. 13 S. 396 f. Vergl. Code civil art. 1101 mit 1108 und 1131, ferner 1132. und 1326. (1138. 1583.)

„Une obligation n'exprimant point de cause n'est moins présumée en avoir une: c'est au souscripteur à prouver que l'obligation n'a réellement aucune cause" bemerkt Sirey ad art. 1132. — Im Bergrecht haben sich auch hier Spuren des ursprünglichen Deutschen Rechts erhalten: Mein Aufsatz über die Gewerkschaft im Justiz-Ministerial-Blatt für 1849 S. 61 Note 5. — — Wegen der bei der Tradition erforderlichen causa: Sintenis Civilrecht B. 1. S. 479 f.

andere, wofür entweder das Römische oder das Deutsche Recht die Quelle ist. Ob aber dem einen oder dem anderen nur die Klagbarkeit im Römischen Recht nicht zugesprochen wurde, ob namentlich dieses bei den unbenannten synallagmatischen Verträgen noch die Erfüllung von der einen Seite zur Begründung der Klagbarkeit erforderte, alles dieses kann als mit dem Erforderniß eines Vollgrundes, der sogen. causa civilis, zusammenhängend bei uns nicht weiter für erheblich gehalten worden. Wo eine Verbindlichmachung mit einer besonderen rechtlichen causa vorliegt, da ist der Vertrag heut zu Tage vollkommen wirksam, wenngleich das Römische Recht demselben nur Wirksamkeit per exceptionem zuerkannte. Fragt man aber wie weit das Römische Recht im Einzelnen neben dem in Vorstehendem entwickelten gemeinrechtlichen Princip noch überall anwendbar sei, so muß man allen materiellen und formellen Vorschriften desselben über die einzelnen Verträge, soweit dieselben nicht anderweitig aufgehoben sind, unbedenklich noch volle Gültigkeit zuerkennen. Die Beseitigung des Erfordernisses der causa civilis durch die Deutsche Rechtsansicht steht der Anwendbarkeit des Rechts der einzelnen Verträge durchaus nicht im Wege. Will man hierfür eine gesetzliche Bestätigung, so sprechen für die Richtigkeit dieser Behauptung unverkennbar die §§. 9. und 10. des Titel 1. der Notariatsordnung von 1512, insofern hier bei den

„Haupt-Clauseln und Substantz der Handlung und Contracts.“

und den Worten

„nach eines jeden Contracts oder Handels Natur“

doch wohl hauptsächlich nur an die mannichfaltigen Specialbestimmungen des Römischen Rechts gedacht werden

kann. Unzweifelhaft spricht aber noch für die obige Behauptung eine konstante und unbestrittene Praxis.

(Vergl. auch Danz zu Runde B. 2. S. 153.)

Nicht allein aber, daß die Römischen Vorschriften über einzelne Verträge in der Deutschen Praxis maaßgebend wurden, es haben sich vielmehr auch noch innerhalb des Deutschen Rechts ebenfalls Verträge von besonderem rechtlichen Gepräge ausgebildet. Wäre man bei dem Recht des Vertrages als eines acceptirten Versprechens stehen geblieben, so daß nur das maaßgebend sein sollte, was die Paciscenten einander versprochen hatten, so wäre eine solche neue Rechtsbildung schwerlich zu erklären. Man hätte eben nur auf den Endzweck, auf das Objekt der übernommenen Verpflichtung zu sehen gehabt. Auch darin also, daß sich im Deutschen Recht noch einzelne Verträge selbstständig ausbildeten, nicht minder darin, daß auch hier gewisse Abreden speciell verboten wurden, womit allein schon die dringendste Veranlassung gegeben war, nicht bloß den rechtlichen Zweck, sondern auch den Rechtsgrund ins Auge zu fassen, ist überall die Anerkennung eines Rechts der einzelnen Verträge unverkennbar enthalten.[11])

So erscheint denn auch h. z. T. keineswegs jedes acceptirte Versprechen als ein wirksamer Vertrag und die Specialbestimmungen des Römischen Rechts über einzelne Verträge sind für nichts weniger als unpractisch zu halten.

Nur der Unterschied zwischen Verträgen, die eine Klage und solchen, die nur eine Exception begründeten,

---

11) Beiläufig mag hier noch der § 8. Tit. des R. A. von 1530:

— — „so soll hinfürder . . . die Verschreibung auf Widerkauf, wie Wiederkaufsrecht, geschehen" — eine Stelle finden.

ist wie die Eigenthümlichkeiten der contractus stricti juris in das Deutsche Recht nicht übergegangen.

Um aber zu diesen überzugehen, so spricht für deren Wegfallen wohl mehr noch ein allgemeines Rechtsbewußtsein,

(v. Savigny System Bd. 5. S. 139.)

und ein constanter Gebrauch

(ebendas. S. 141. Pufendorf Observatt. I. 40. § II. p. 98.),

als die Verzugszinsen beim Darlehn im

R. A. von 1600. §. 139.

(v. Savigny B. 5. S. 140.

Unterholzner B. 1. S. 324 f.)

und die vertragsmäßigen aus einem bloßen Versprechen im

J. R. A. §. 173 und 174.

(coll. L. 24. D. 19, 5. L. 1. 3. 4. C. 4. 32.

Unterholzner B. 1. S. 321.),

wobei übrigens auch noch Eichhorn Privatrecht §. 108 zu vergleichen ist.

Verlangt man aber einen bündigen gesetzlichen Beweis, so möchte der beste nnd, soviel uns bekannt, ein bisher noch unbenutzt gebliebener aus der Notariatsordnung von 1512 zu entnehmen sein. Denn wenn hier Tit. I. § 10. ganz allgemein gesagt wird, daß:

„das Recht vermuthet und dafür achtet, daß die Partheien alles das, so nach der Natur des Contracts und Gewohnheit des Orts gewöhnlich abgeredet wird, verwilligt haben, obgleich solches aus dem Protokoll nicht erschiene, noch auch von den Partheien ausgedrückt würde"

so stimmt dieser Ausspruch doch wohl vortrefflich mit dem § 20 der L. 31. D. de Aed. ed. (21. 1.) überein, woselbst es heißt:

„ea enim, quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire“

und der Unterschied besteht eben nur darin, daß das hier auf beschränktem Gebiete anerkannte Princip dort in der unbegränztesten Ausdehnung adoptirt wird.[12])

Die L. 34. D. de R. J., woselbst auch für das Römische Recht bei allen Contracten auf die Gewohnheit verwiesen wird, enthält eine bloße Regel für die Auslegung des in dem Contract Gegebenen, nicht aber eine Erweiterung des officii judicis, während diesen die Formel ex fide bona anwies,

auch auf alles dasjenige zu sprechen, was zwar nicht im Vertrage ausgedrückt, wohl aber bei Verträgen dieser Art allgemein üblich war, so daß man annehmen konnte, die Parteien hätten es stillschweigend hinzugedacht.“

(v. Savigny Bd. 5. S. 464.)

Es bedarf also, um nunmehr die Resultate, die sich bereits ergeben haben und ferner noch ergeben, übersichtlich zusammenzustellen, h. z. T. nicht mehr der Stipulation, um eine obligatio naturalis zu einer civilis zu erheben; alle Verträge, denen mindestens die Wirksamkeit einer Einrede im Römischen Recht zuerkannt wurde, sind vielmehr ohne Weiteres für klagbar zu erachten. Alle Verträge sind ferner als contractus bonae fidei zu behandeln

(vgl. noch Sintenis Civilrecht B. 1. S. 275.)

und es dürfte schwerlich zu behaupten sein, daß der Deutschen Praxis noch ein Unterschied zwischen actiones bonae fidei und arbitrariae bekannt sei, wie ihn

Unterholzner B. 1. S. 8. und 349.

---

12) Vgl. Code civ. Art. 1134 u. 1135: Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'aprés sa nature.

unter unrichtiger Auffassung der letzteren statuirt, die er sämmtlich für eigentliche actiones stricti iuris, nur mit einem beziehungsweise freieren Ermessen (B. 1. S. 348.) erklärt, während arbitrariae actiones vielmehr die freien Klagen waren, die auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, und alsdann das Recht des Klägers zum Würdigungseide bei verweigerter Herausgabe oder Ersatzleistung begründeten.

Dieses Recht ist, da es mit dem strictum ius überall nichts gemein hatte, auch bei uns noch anwendbar, und zwar, da jetzt alle Klagen freie sind, auch bei allen Ansprüchen, die nur auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind. Insoweit läßt sich daher ein Fortbestehen des Rechts der arbitrariae actiones, nicht neben, sondern innerhalb des Bereichs der bonae fidei actiones behaupten[13]). Um aber nunmehr einen Schritt weiter zu gehen, so empfängt h. z. T. auch jeder nicht speciell reprobirte Nebenvertrag aus dem Hauptvertrage seine Klagbarkeit, gleichviel ob dieser nach Römischem Recht bonae fidei war oder nicht, und auf den Unterschied zwischen pacta in continenti oder post intervallum adiecta kommt bei uns nichts mehr an[14]).

---

13) „Aus dem alten Recht der arbitrariae actiones ist nur noch der Satz übrig, daß in den Fällen derselben der Eid in litem vorzugsweise als ein Vorrecht des Klägers vorkommt; ja wir müssen den Eid jetzt auch bei solchen auf Restitution gerichteten Klagen gelten lassen, welche sonst als stricti iuris Klagen dazu nicht geeignet waren (§. 222.), weil für uns der Begriff der strengen Klagen verschwunden ist." v. Savigny System B. 5 S. 145. Vergl. auch Sintenis B. 2. S. 83 in der Note. — Unterholzner, der die actiones arbitrariae von den act. bon. fid. als (nur minder) stricti iuris unterscheidet, statuirt hier gerade keinen Unterschied in Bezug auf das iur. in litem: B. 1. S. 258 f. (oben Note 7.)

14) Daß dem nicht etwa die §§. 11 und 12. des Tit. I. der

Nicht minder hat auch das ius poenitendi bei den contractus innominati auf rechtliche Anerkennung nicht weiter Anspruch, da dasselbe ebenfalls nur auf der sogen. causa civilis beruht.

(Pufendorf Observat I, 40. §. IV. p. 100.
Unterholzner B. 2. S. 41.)

Ob man aber die Klagbarkeit der pacta de contrahendo vielmehr auf die Gegenseitigkeit,

(Vergl. L. 30. D. de reb. cred. (12, 1.)
Mühlenbruch Pand. §. 376. Note 1.
Sintenis Civilrecht B. 2. S. 242 in der Note und S. 249 Note 15.)

oder etwa darauf bauen solle, daß sie nach Römischem Recht wenigstens eine Natural-Obligation enthalten hätten, mag hier dahin gestellt bleiben, da die Klagbarkeit dieser Pacta als auf einem allgemeinen Rechtsbewußtsein ruhend, schon hierdurch genügend fundirt erscheint.

(Vergl. übrigens Eichhorn Privatrecht §. 92.)

Die Verträge über Aufhebung eines früheren Vertrages sind aber schon, weil sie als pacta de non petendo nach Römischem Recht wenigstens eine obligatio naturalis begründeten, h. z. T. überall als geradezu aufhebend zu betrachten, ohne daß etwas darauf ankäme, ob der gelöste Vertrag ein eigentlicher Consensual-Vertrag war; „quamquam illud merito hodie quoque observabitur, omnia in integrum ex utraque parte restituenda esse, neque aliter solo contrario consensu contractus dissolvi, nisi quidem de modo resarciendi quoque conventum esset, vel restitutioni quis renuntiasset.“

Pufendorf Observat. I, 41. p. 103.
Unterholzner B. 1. S. 481 ff.

Notariats-Ordnung von 1512 entgegenstehen, bedarf wohl keiner näheren Begründung.

Weiter darf man aber auch nicht gehen.

Man darf daher auch h. z. T. kein einfaches indiscretes Versprechen, und noch weniger ein derartiges Schuldbekenntniß oder Anerkenntniß

(Vergl. L. ult. D. de const. pec. 13, 5. und dazu L. 49. §. 2. de pec. 15, 3.)

für eine causa debendi halten, gleichviel, ob es nur mündlich oder ob es schriftlich erfolgt ist[15]). Denn die literarum obligatio ist uns, abgesehen vom Wechselrecht[16]), unbekannt, und selbst ein Schuldbekenntniß, welches die causa debendi (z. B. aus einem Kauf u. s. w.) enthält, kann nur als Beweismittel betrachtet werden, wenn es auch durch Ablauf des zweijährigen Zeitraums beziehungsweise eine sehr starke Beweiskraft erlangt haben sollte.

Vergl. Sintenis B. 2. S. 267.

Die Darlegung des eigentlichen Geschäfts in dem Klagevortrage ist also insoweit keinesweges entbehrlich, als nicht aus der in Original oder Abschrift produzirten Scriptur, die insoweit als Theil des Klagevortrages zu betrachten ist, die Essentialien genügend zu entnehmen sind.

---

15) Am Wenigsten ist aus Stellen wie §. 3. Tit. 20. der Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 (wegen der Verschreibungen, die die Juden „in teutscher Sprache abfassen [sollen], mit Anmeldung, was und wann sie dem Christen fürgestreckt oder Anleyhe gethan") ein Schluß e contrario zu machen

16) Ueber Wechsel, die da ausgestellt werden, wo wenigstens kein besonderes Wechselrecht gilt:

Bülow und Hagemann Erörterungen B. 5. S. 26. Entscheidungen des O. A. G. zu Wiesbaden von v. der Nahmer B. 1. Nro. 21. 22. und 23. Der Vorbescheid in Nro. 23. §. 8. S. 320 f. („daß Appellant vorbehaltlich des Gegenbeweises die Richtigkeit seiner Forderung von 1500 Fl. gehörig zu beweisen habe") ist ein solcher, wie er nicht sein soll. Vergl. daselbst §. 4. S 316.

Wird nach völligem Abschlusse eines Vertrages derselbe mündlich oder schriflich wiederholt, und zwar ohne Bezugnahme auf den früheren Vertrag, so kann ein solches pactum geminatum, wenn dasselbe alle Essentialien enthält, natürlich als selbstständiges Fundament resp. als schriftliches Beweismittel der dariu bedungenen Ansprüche gelten. Soll ihm aber rückwirkende Kraft zukommen, so muß dieses besonders begründet werden, z. B. dadurch, daß schriftliche Redaction vorbehalten worden.

Vermöge solcher besonderen Begründung kann dann der wiederholte Vertrag auch noch in anderer Weise, nämlich als s. g. ratihabitio, vón besonderem Nutzen sein, da durch jene gewisse Mängel des ursprünglichen Geschäfts, ja beziehungsweise sogar eine völlige Unverbindlichkeit geheilt werden kann:

Vergl. Glück Pand. B. 13 S. 374—379.
Sintenis B. 1 S. 158 ff. B. 2 S. 309 mit Note 13.

Bezieht sich aber der spätere Act ausdrücklich auf ein früheres Rechtsgeschäft und ist dieses nur kenntlich bezeichnet und ausdrücklich oder implicite genehmigt, so kann er auch so — also ohne alle Essentialien zu enthalten — nicht bloß resp. als ein, wenn auch nicht erschöpfendes, Beweismittel, sondern abermals auch als Ratihabition von ganz besonderer Wichtigkeit sein. Er ist aber hier unter allen Umständen nicht auch als selbstständiger Rechtsgrund, sondern nur als Ergän-

[17]) Ein schriftliches Bekenntniß, daß man eine Stipulation eingegangen sei, begründete gesetzlich die Annahme, daß allen Solennien genügt sei. Das eigentliche Fundament ist aber auch hier die Stipulation selbst:

§. 17. J. de inut. stip. (3, 20) §. 8. J. de fideiuss. (3, 21) L. 30. D. de V. O. Vergl. Hommel Rhaps. 695, 8. Unterholzner B. 1. S. 36.

zung zu einem solchen geltend zu machen, und der Kläger darf sich mithin der Darlegung des ursprünglichen Geschäfts, (und eventuell des anderweitigen Beweises,) keineswegs überhoben glauben.

Hat sich aber bei Abgabe eines Anerkenntnisses der vorbezeichneten Art der Erklärende auch zur Erfüllung noch besonders verbindlich gemacht, so ist ein solcher Act als ein selbstständiges Klagefundament geltend zu machen. Denn alsdann ist ein eigentliches Constitutum vorhanden, welches den Kläger der Darlegung und des Erweises des früheren Geschäfts überhebt. Nur muß, wenn die Klage von endlichem Erfolg sein soll, die Schuld bereits zur Zeit der wiederholten Verbindlichmachung eine gültige gewesen sein:

L. 1. §. 6. 7. 8. L. 11 pr. L. 18. §. 1. D. de const. pec. (13, 5). Vergl. Glück Pand. B. 13. S. 375 ff.

Denn wenn das frühere Geschäft erst der Heilung durch Ratihabition bedarf, so ist das Constitut, welches sonst als selbstständiger Rechtsgrund dienen könnte, mit voller Aussicht auf endlichen Erfolg nur als Ratihabition geltend zu machen und es ist daher hier sicherer, die Klage zunächst auf jenes ursprüngliche Geschäft zu stützen.

Wo aber die constituirte causa nach Röm. Recht auch nur die Gültigkeit einer obligatio naturalis hatte, da ist das Constitutum an und für sich nicht bloß zur einstweiligen Substantiirung, sondern auch zur endlichen Durchführung schon dann genügend, wenn auch in demselben die frühere Verbindlichkeit nur insoweit in Bezug genommen ist, daß über den Schuldgrund, welcher gemeint sein solle, nicht füglich ein Zweifel unter den Contrahenten bestanden haben konnte:

L. 24. D. de const. pec. (13, 5.)

Titius Seio epistolam emisit in haec verba: Re-

manserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos: Quod si ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare usuras tot. Quaero, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero, an si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit, in sortem teneri et est humanior et utilior ista interpretatio.

Was hier von dem constitutum debiti alieni angenommen ist, muß unbedenklich auch von dem constitutum debiti proprii gelten. Will man aber auch in der Bezeichnung „creditum ex contractu" nicht allgemein eine contractliche Forderung, vielmehr eine specielle technische Bezeichnung erkennen,

(vergl. Brissonius de V. S. s. v. credere und creditum,

v. Savigny System B. 5. S. 513, auch 533 ff.),

jedenfalls ist es doch nach jener Stelle schon genügend, wenn das Rechts-Geschäft, aus dem die frühere Verpflichtung entstanden, auch nur durch einen Rechtsbegriff, wie Kauf, Tausch rc. bezeichnet ist.

Vergl. noch L. 1. §. 6. D. de const. pec. Debitum autem ex quaecunque causa potest constitui, id est, ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti: et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocunque alio contractu.

L. 5. §. 3. D. eod:

Titius ad me epistolam talem emisit: „Scripsi secundum mandatum Seji si quid tibi debitum adprobatum est, me tibi cauturum et soluturum

sine controversia." Tenetur Titius de constituta pecunia.

Im einzelnen Falle kann es freilich oft genug zweifelhaft sein, ob ein constitutum vorhanden sei. Selbst die wiederholte Uebernahme der Verpflichtung ist, obgleich unerläßlich,

(L. 5. L. 8. L. 11. pr. D. eod. verbis „se soluturum")

doch, wie oben bemerkt, noch keineswegs entscheidend, wenn sie nicht unter Anerkennung der früheren geschehen ist.

Auf der andern Seite kommt es natürlich auch auf den Ausdruck nicht an, wenn nur die wiederholte vertragsmäßige Uebernahme einer als bereits bestehend anerkannten Verpflichtung außer Zweifel ist.

(Der Ausdruck „promittere" war sogar nur der Stipulation eigenthümlich.)

L. 1. §. 4. L. 26. D. eod.

Quidam ad creditorem literas ejusmodi fecit: decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me, domine. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, actione de constituta pecunia eum teneri. Vergl. auch L. 14. §. 3. eod. „et quibuscunque verbis."

Das Constitutum, dessen practische Brauchbarkeit sogar schon bezweifelt worden ist,[18]) nachdem es zur Klagbarkeit der Obligatio naturalis weder seiner noch anderweitiger Vermittelung mehr bedarf, zeigt sich also nach unserer Erörterung auch darin von sehr erheblichem practischen Werthe, daß Versprechen, welche nur unter Bezugnahme auf eine aus einem früheren Geschäfte[19]) entstandene

---

[18]) Vergl. dafür Sintenis B. 2. Seite 309. Note 12.

[19]) Vergl. Pfeiffer practische Ausführungen B. 8. S. 67, der mit Recht bemerkt, daß die Einwendungen gegen das

Verbindlichkeit abgegeben sind, ohne Weiteres als Klage-fundamente gelten können und die Gültigkeit der früheren Verbindlichkeit, welche das constitutum allerdings voraus-aussetzt, nicht ex officio bezweifelt werden darf, sondern nur im Wege der Einrede einer Anfechtung unterliegt, indem auch hier namentlich gilt, was die L. 30. D. de V. O. in Bezug auf das Bekenntniß zu einer geleisteten Bürgschaft sagt: videntur omina solenniter acta.

Um aber nunmehr hinsichtlich des Umfangs der noch fortdauernden Gültigkeit des Römischen Rechts auf dem Vertragsgebiete zu einer andern Specialfrage überzugehen, so muß auch die Vorschrift, nach welcher bei Schenkungen keine Vorzugszinsen zu entrichten sind, für noch fortdauernd rechtsverbindlich erachtet werden.

Denn sie beruht nicht etwa darauf, daß die Schenkung stricti juris gewesen, vielmehr ist sie in der natürlichen Billigkeit begründet: summae aequitatis est, wie in L. 22, D. de donat. (39, 5) ausdrücklich bemerkt wird:

Pufendorff Observat. II. 73 p. 275. sqq.
Unterholzner a. a. O. B. 328 und B. 2. S. 526.

Auch die formellen Bestimmungen des Römischen Rechts für einzelne Rechtsgeschäfte sind nicht minder als die materiellen noch vollkommen anwendbar. So namentlich, was wegen der Form der Schenkungen und des contractus emphyteuticarius vorgeschrieben ist, was denn auch die Praxis, geleitet von einem zwar unklaren, aber richtigen Tacte, noch niemals verkannt hat.

---

frühere Geschäft vorbehalten bleiben, sofern sie nicht zur Beseitigung durch Anerkenntniß geeignet sind. Vgl. S. 97 oben. Wer übrigens die vielfachen Zweifel, die sich bei der Prüfung von Klagen aus Schuldscheinen, Anerkenntnissen u. s. w. tagtäglich erheben, practisch durchgemacht hat, wird die Wichtigkeit des obigen Resultats zu würdigen wissen.

Ueberhaupt hat hier die Praxis wohl im Ganzen einen richtigeren Gang genommen, als er in einzelnen Bestrebungen der Doctrin, zu Prinzipien durchzubringen, zu erkennen ist. Ein mißlicher Weg ist es namentlich, den

Weber (von der natürlichen Verbindlichkeit)

und nach ihm

Danz (zu Runde)

eingeschlagen haben, wenn sie untersuchen, ob die Gründe Römischer Rechtsbestimmungen über einzelne Rechtsgeschäfte h. z. T. cessiren, oder doch

„bei nns nicht so ganz wegfallen." (sic.)

(Weber a. a. O. § 84. und 85.

Danz B. 2. S. 159.—),

und wenn sie je nach dem Resultate dieser Untersuchung den Römischen Rechtsnormen Gültigkeit zuerkennen oder absprechen. Schon diese unsichere Grundlage, auf welcher hier die Entscheidung ruhen soll, läßt kein gesichertes Ergebniß erwarten. Und so zeigt es sich denn auch in der That.

Es ist z. B. durchaus kein zureichender Grund vorhanden, um mit Weber und Danz einestheils zwar das „pactum ne societas solvatur" noch für unwirksam, anderntheils aber die „societas leonina" nicht für unwirksam, sondern als „pactum"[20]) für gültig zu halten, vielmehr müssen diese Specialbestimmungen, da sie zu den als weggefallen bezeichneten Römischen Unterscheidungen in keiner Beziehung stehen, noch gleich sehr zur Anwendung gebracht werden. Mit Recht hat sich daher auch

Mühlenbruch Pand. §. 419.

gegen die Wirksamkeit der societas leonina ausgesprochen, womit denn freilich nicht geläugnet werden soll, daß der Vertrag als Schenkung bestehen könne, wenn die Parteien

---

20) Vergl. übrigens Weber §. 84. Note 1.

dieses wirklich gewollt und den Requisiten der Schenkung genügt haben.

Vgl. auch Unterholzner B. 2. S. 378. 379.
Sintenis B. 2. S. 708.

Nur als „Pactum“ schlechthin kann der Vertrag nicht für wirksam gehalten werden.

Was das Preußische Recht anbelangt, so ist hier viel weniger Unbestimmtheit, als im heutigen gemeinen Recht vorhanden. Wir können uns daher auf wenige vergleichende Bemerkungen beschränken, um den Stand der fraglichen Lehre dem Römischen und gemeinen Recht gegenüber übersichtlich machen.

Im Allgemeinen ist nun zwar das Princip der Klagbarkeit aller Verträge und die Entbehrlichkeit der s. g. causa civilis im Preußischen Recht ebenfalls anerkannt.

A. L. R. I, 3. § 38 ff.
Vgl. das Arnsberger Archiv B. 9. 616.

Auch die Unterscheidung zwischen cotractus bonae fidei und stricti iuris ist in das Preußische Recht nirgends übernommen, und ebensowenig weiß dieses etwas von actiones arbitrariae. Das iuramentum in litem namentlich findet überall nur in subsidium Statt.

Allg. Ger. A. Thl. I. Tit. 22. §. 10.

Verzugszinsien finden sich beim Darlehn

(A. L. R. I. 11. § 827 u. ff.)

und sogar bei der Wechselverbindlichkeit

(II. 8. §. 888)

welche man wohl mit den Römischen contractus stricti iuris zu vergleichen pflegt.

(v. Savigny System B. 5. S. 139.)

Ein besonderer Rechtsgrund, wenn auch keine besondere Anerkennung des einzelnen Vertrages, ist dagegen auch hier unentbehrlich, wie z. B. aus dem A. L. R.

I. 11. § 750. № 4. (verglichen mit N. 1 u. 2.)
I. 11. 866 u. f.

hervorgeht. Was aber die Entbehrlichkeit der s. g. causa civilis anbelangt, so ist hier ein bedeutender Rückschritt zu den Grundsätzen des Römischen Rechts ersichtlich, indem jene Regel von der Klagbarkeit aller Verträge auch ohne formelle Vermittelung im Allgemeinen nur bis zu Vertragsobjecten von 50 Thlr. adoptirt worden ist.

A. L. R. I. 5. 131. ff.

Darüber hinaus ist eine causa civilis durch Anwendung der schriftlichen Form erforderlich, und nur die benannten Verträge des Römischen Rechts, von welchem es heißt, „re contrahitur", sind von dieser Form entbunden.[21])

Sie haben schon durch die Hingabe causa civilis, während diese sonst bei Objecten über 50 Thlr. durch Schrift vermittelt werden muß, ähnlich, wie sie im Römischen Recht überall durch Stipulation vermittelt werden konnte. Die unbenannten Real-Contracte: do vel facio ut des und do vel facio ut facias sind übrigens, obgleich § 877. Thl. I. Tit. 11. auf den ersten Blick dafür zu sprechen scheint, ebensowenig als selbst die Römischen Consensual-Verträge im Preußischen Recht von jener Form entbunden, ja bei der Societät ist dieselbe sogar ohne Rücksicht auf die Höhe des Objects bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben:

A. L. R. I. 17. § 170.

Im Allgemeinen sondern sich hiernach die Verträge des Preußischen Rechts, was die Klagbarkeit anbelangt,

---

21) A. L. R. I, 11. § 727. I, 14, §. 10. I, 5, § 144 f. I. 20 § 94. Bedenklich ist freilich die Sache beim Commodat, da I. 21 § 233 kein sicheres argumentum e contrario darbietet. Es kommt uns aber hier nicht darauf an, dieses Bedenken zu erledigen, da wir das Vertragsrecht für jetzt nur massenweise zu betrachten haben.

in drei Classen, in Real=, Consensual= und Literal=Verträge. Die ersten, wenige an der Zahl, scheiden zunächst aus. Auf dem übrigen Vertrags=Gebiete ist bis zu 50 Thlr. der bloße Consens hinreichend, weiterhin wird die Schrift erforderlich. Specielle Ausnahmen hier und dort, sowie anderweitig speciell vorgeschriebene Formen bedürfen bei dieser allgemeinen Uebersicht keiner Erwähnung.

Was die Neben=Abreden anbelangt, so sind diese, wo der Hauptvertrag an eine vermittelnde Form gebunden ist, derselben ebenfalls unterworfen.

A. L. R. I, 5. 128.

Der §. 729. Thl. I. Tit. 11. erinnert übrigens an die Bestimmung des Römischen Rechts, wonach erweiternde Verträge bei dem contractus stricti iuris, namentlich dem mutuum, durch Stipulation bekräftigt werden mußten. Die Nichtanwendung der vorgeschriebenen Form, also der Mangel der causa civilis, hat auch nach Preußischem Recht den Mangel der Klage,

(A. L. R. I, 5. 155.)

weiterhin aber auch ein ius poenitendi bei bloß einseitiger Erfüllung zur Folge, welches dem Empfänger unbedingt (§. 156 ff. a. a. O.), dem Geber wenigstens bei bloß theilweiser Erfüllung zusteht, während nach Römischem Recht nur der Hingebende vor geleisteter Erfüllung Seitens des Anderen ein Reurecht ausüben konnte.

Durch eine schriftliche Bescheinigung über die Seitens des Anderen geschehene Leistung und ein Bekenntniß zu der übernommenen Gegenleistung wird übrigens das Reurecht ausgeschlossen und die causa civilis vollständig hergestellt:

Vergl. das Arnsberger Archiv B. 9. S. 614 ff.

Bezieht sich aber ein solches Bekenntniß auf einen bereits früher nur mündlich abgeschlossenen Vertrag, so gilt wohl dasselbe, wenn auch die von der andern Seite

geschehene Erfüllung keinesweges in der Scriptur bescheinigt ist:

A. L. R. I, 5. §. 185 [22]).

22) Der Geh. Rath Heidenreich hatte zu § 135 des gedruckten Entwurfs (§ 185, I, 5.) monirt, daß ein schriftliches oder zu Protokoll gegebenes Anerkenntniß eines vorher nur mündlich geschlossenen Vertrages defectum scripturae insofern beheben müsse, als aus dem Anerkenntniß der Inhalt des Vertrages zu entnehmen sei. Suarez bemerkte hierauf: Im Wesentlichen bin ich mit diesem Antrage einig, nur hebt ein solches Anerkenntniß nicht eigentlich defectum scripturae, sondern es obstirt nur dem Agnoscenten, wenn dieser sich auf solchen Einwand berufen wollte. Vgl. die Ergänzungen von Gräff, Rönne und Simon B. I. § 192 der 3. Ausgabe. Der § 185 I, 5 bezieht sich also nicht auf Scripturen, welche unmittelbar beim Abschlusse des Vertrages entstanden sind, sondern er setzt spätere Anerkenntnisse voraus. Ein einseitiges Bekenntniß zu Verpflichtungen aus einem zweiseitigen Vertrage, welche nicht als bereits früher übernommen bezeichnet sind, wird nur dann ein Klagerecht begründen, wenn zugleich die von Seiten des Klägers geschehene Erfüllung in derselben Scriptur anerkannt ist:

A. L. R. I, 11 § 720.
I, 5 § 152.

Dagegen führt die eigentliche Konstituirung einer schon früher entstandenen Verbindlichkeit (I, 5 § 185) auf die Frage, ob nicht hier sogar die von der Gegenseite geschehene Erfüllung sowohl nach gemeinem als nach Preußischem Rechte zu präsumiren sei? — L. 4. C. 4, 30 u. A. L. R. I, 11 §. 734 sind aber wohl für die allgemeine Bejahung dieser Frage nicht entscheidend? Sicher aber muß Derjenige, welcher über eine Verpflichtung aus einem gegenseitigen Vertrage ein Constitutum eingegangen ist, die von ihm behaupteten (und angeblich nicht erfüllten) Verpflichtungen des Gegners erweisen. Für das Preußische Recht behauptet man freilich, daß ein Konstitut, welches den früheren schriftlichen Abschluß gegen den Constiuenten ersetzen soll, nach §. 185. I, 5. neben dem Anerkenntnisse zwar nicht auch noch die Zusage der Erfüllung, dagegen aber die Essentialien des früheren Vertrages vollständig enthalten müsse, indem man das „soweit“ durch „insofern“

Was endlich die Wiederaufhebnng der Verträge anbelangt, so stimmen die §. 388 ff. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. mit der Römischen Rechtsansicht überein, daß ein Vertrag nur in derselben Form errichtet und wieder aufgehobeu werden könne, während sich das Gesetz in §. 386. (vergl. jedoch 387.) an die Deutsche Rechtsansicht wieder anschließt.

Wie übrigens das A. L. R. mit Rücksicht auf das Mißliche des Zeugenbeweises gegen die Formlosigkeit einlenkt, so ist auch im Französischen Recht eine gleiche Richtnng bemerklich:

Code civil Art. 1341 ff.

Es wäre aber sehr wünschenswerth, auf Mittel zu denken, wie den Anforderungen der Gesetzgebungspolitik ein Genüge geschehen könne, ohne daß die Treulosigkeit und Wortbrüchigkeit sich hinter dem Schilde des Gesetzes schirmen dürfte, wie dieses jetzt leider alle Tage mit schamloser und ganz unbefangener Miene zu geschehen pflegt.

„Die Sitte bei uns ist“ hier nicht „besser als das Gesetz!“

---

erklären zu dürfen glaubt. Das oben angeführte Monitum von Heidenreich ließe sich mit einigem Schein hierfür geltend machen. — — Vergl. über das Konstitut nach Preuß. Recht auch Koch Privatrecht B. 2. §. 772 und §. 550. I, 6.

Berichtigungen und Zusätze.

Seite 1 Zeile 2 ist das Komma zu löschen.
— 3 — 9 fehlt die Zahl 3 vor dem Zeichen J.
— 4 — 3 von unten ist der Art. 88. der Verfassung vom 5. Dec. 1848 — jetzt Art. 89. — gemeint.
— 13 Note 21 Vgl. noch S. 20 Note 17.
— 23 in der letzten Zeile von unten steht: Justificatio statt Inficiatio.
— 25 in der letzten Zeile von unten steht: II. statt: 11.
— 26 Zeile 4 von unten ist zu lesen: „in die V. vom 21. Juli 1849.“
— 29 Note 10 Ein sehr bemerkenswerthes Beispiel bietet §. 79 der V. vom 21. Juli 1849, wonach in gewissen Prozeßarten die §§. 42—47 der V. nicht zur Anwendung kämen, wenn nicht etwa eine von dem Verfasser übersehene Berichtigung erfolgt ist.
— 45 — 11 Zeile 2 steht: Schlink statt: Schenk.
— 64 Zeile 15 steht: suge statt: juge.
— 64 Note 13 Zeile 2 steht: facts statt: faits.
— 64 — 16 Das Promemoria der westfälischen Juristen, welches im Justiz-Ministerial-Blatt für 1848 mitgetheilt ist, bedarf hinsichtlich des Französischen Beweis-Urtheils der Berichtigung.

Grote'sche Buchdruckerei in Arnsberg.

Reinhard, Franz

Vergleichende Kritiken und Erlauterungen des Civil-Verfahrens in Preußen

Arnsberg 1850